

Rituell omskjæring av gutter

I hvilken grad ivaretas guttenes rettssikkerhet?

Kandidatnummer: 786

Leveringsfrist: 25.april 2015

Antall ord: 17784



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Metode	2
1.3.1	Hvilken fremgangsmåte benyttes for å besvare problemstillingen	2
1.3.2	Hva særpreger rettskildebildet	3
1.4	Oppgavens videre fremstilling	8
2	OM RITUELL OMSKJÆRING	9
2.1	Bakgrunn for loven	9
2.2	Hva er rituell omskjæring	10
2.2.1	Hvorfor utføres rituell omskjæring?	10
2.2.2	Hvordan utføres inngrepet?	10
2.2.3	Helsemessige konsekvenser	11
3	RETTSSIKKERHET OG BARNES RETTSSTILLING I DAGENS SAMFUNN..	14
3.1	Hva menes med rettssikkerhet?.....	14
3.2	Barns rettsstilling	15
3.2.1	Hvorfor barnet er i en særlig rettsstilling.....	15
3.2.2	Foreldreansvaret	15
3.2.3	Barnets beste.....	18
3.2.4	Vern om barnets integritet	20
4	FORSVARLIGHET SOM RETTSSIKKERHETSKRAV	23
4.1	Formålet med forsvarlighet.....	23
4.2	Forsvarlighet i omskjæringsloven	23
4.2.1	Forsvarlig tilbud	24
4.2.2	Forsvarlig utførelse	24
4.2.3	Smertelindring	25
4.3	I hvilken grad er rettssikkerheten ivaretatt?	26
4.3.1	Forholdet til helsepersonelloven og pasient- og brukerrettighetsloven.....	26
4.3.2	Forsvarlig tilbud	32
4.3.3	Smertelindring	33
4.3.4	Avsluttende vurdering av om rettssikkerheten er ivaretatt	34
5	RETTSSIKKERHET I FORBINDELSE MED SAMTYKKE.....	35

5.1	Samtykke.....	35
5.1.1	Samtykke som rettsgrunnlag	35
5.1.2	Krav til gyldig samtykke	35
5.2	Samtykke som vilkår i omskjæringsloven	37
5.2.1	Foreldrenes avgjørelsesmyndighet	37
5.2.2	Rett til informasjon.....	37
5.2.3	Gutten skal ha rett til å bli hørt	38
5.2.4	Gutten kan ikke omskjæres mot sin vilje.....	38
5.2.5	Straffansvar.....	39
5.3	I hvilken grad er rettssikkerheten ivaretatt?	40
5.3.1	I hvilken grad er guttene sikret medbestemmelsesrett?	40
5.3.2	Er guttens rett til integritet ivaretatt?	41
5.3.3	Straffansvar.....	44
5.3.4	Avsluttende vurdering av hvorvidt rettssikkerheten er ivaretatt	46
6	AVSLUTNING.....	47
	LITTERATURLISTE.....	48

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Stortinget vedtok Lov om rituell omskjæring av gutter den 16.juni 2014.¹ Dermed har Stortinget tatt standpunkt i den forutgående debatten om hvorvidt omskjæring av gutter skal forbys eller lovreguleres. Loven har som formål å sikre at omskjæring foregår på forsvarlig måte og å sikre at det er et tilgjengelig tilbud i spesialisthelsetjenesten. Foreldre er gitt kompetanse til å samtykke til omskjæring av guttene frem til de når myndighetsalder. Problemstillingen for denne oppgaven er i hvilken grad guttenes rettsikkerhet ivaretas med den nye loven.

Hvorvidt omskjæring av gutter skal lovreguleres og hvordan, er et ømfintlig tema fordi det berører fundamentale rettigheter. Særlig trekker hensynet til foreldrenes religionsfrihet, og guttens rett til selvbestemmelse over egen kropp i hver sin retning. I denne oppgave er fokuset på guttene, og hvordan deres rettigheter er ivaretatt i loven om rituell omskjæring.

For å besvare problemstillingen vil jeg vurdere guttenes rettsstilling i den nye loven i forhold til barns rettigheter i øvrig regelverk. Dette skal jeg gjøre ved å forsøke å plassere lovens bestemmelser i en større rettslig sammenheng og vurdere hvorvidt den nye lovens bestemmelser harmonerer med andre rettigheter som guttene har. Det er to vilkår i lov om rituell omskjæring som er særlig interessante. Det ene er et krav om forsvarlighet, som både er en del av lovens formålsbestemmelse og et materielt vilkår for utførelsen av inngrepet, jf. § 1 og § 4. Det andre er kravet om samtykke fra foreldrene, jf. § 8. De to vilkårene må ses i sammenheng med lovens øvrige bestemmelser, og danner derfor et godt grunnlag for å også se på loven i sin helhet, og dens forhold til andre lover i rettssystemet.

De to vilkårene i loven, og av og til loven i sin helhet, skal drøftes i lys av guttenes rettigheter i lover på barnerettens og helserettens område. Deretter skal det søkes å finne svar på om hvorvidt guttenes rettsikkerhet er ivaretatt. Målet er ikke å gi en fullstendig vurdering av om rettsikkerheten er oppfylt, men å se om den er styrket eller svekket med den nye loven.

¹ Lovvedtak 72 (2013-2014)

1.2 Avgrensninger

Oppgaven tar for seg omskjæring av gutter. Det avgrenses mot omskjæring av jenter, som reguleres av lov om forbud mot kjønnslemlestelse.

Det avgrenses mot omskjæring av de som er eldre enn 18 år. Dette fordi oppgaven skal handle om guttenes rettssikkerhet. Med «barn» sikter jeg til de som er mindreårige jf. vergemålsloven § 8. Dette samsvarer med barnekonvensjonens definisjon av barn jf. art 1. Jeg vil i oppgaven omtale rettssubjektene som både «barna» og «guttene». Det er guttenes rettssikkerhet som oppgaven skal handle om, men ved omtale av barns rettsstilling generelt, vil jeg benytte ordet «barn».

Videre avgrenses det mot omskjæring som gjøres av andre enn religiøse årsaker slik som medisinske eller kulturelle. Dette fordi loven kun regulerer omskjæring som gjøres med religiøst formål, jf. § 2. Det er et interessant spørsmål i hvilken grad det skal utøves kontroll med foreldrenes personlige motiver for å få inngrepet utført. Det kan ikke utelukkes at foreldre har andre motiver enn religiøse. For eksempel kan familiebånd og sosial tilhørighet og kultur være årsaker til ønske om å få utført inngrepet. Det er vanskelig å trekke noen grense for når en personlig forutsetning er av religiøse årsaker, og når den er av kulturelle årsaker. Denne grensen kan være flytende også for personene som ønsker omskjæring. Kulturelle motiv kan være vel så viktig for et menneske, men loven regulerer religiøst motivert omskjæring og det er det oppgaven her skal ta for seg.

Rettssikkerhet skal drøftes innenfor de to vilkårene «forsvarlighet» og «samtykke» i loven om rituell omskjæring av gutter. Derfor blir noen temaer som er sentralt innen rettssikkerhet utelatt, som for eksempel erstatning og adgang til domstolsbehandling. Det er ord- og tidsbegrensninger som er bakgrunnen for en slik avgrensning. Oppgavens omfang gjør det også nødvendig å begrense drøftingen av forholdet mellom loven om rituell omskjæring og menneskerettighetsbestemmelser. Det siktes her til bestemmelser om rett til religionsfrihet i barnekonvensjonen art. 14, Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon(EMK) art. 19 og retten til helse i barnekonvensjonen art. 24. Disse vil bli behandlet i begrenset grad.

1.3 Metode

1.3.1 Hvilken fremgangsmåte benyttes for å besvare problemstillingen

For å besvare rettsspørsmål i oppgaven vil jeg benytte tradisjonell rettskildelære slik den er fremstilt av blant annet Torstein Eckhoff.²

² Eckhoff (2001)

Vurderingen av en ny lov krever en viss respekt for lovgivers standpunkt, og respekt for at loven i liten grad har blitt anvendt og tolket av rettsanvendere innen forvaltningen eller av domstolene. Samtidig gir dette et fint utgangspunkt for tolkning av loven slik den er, urørt og uten sprikende tolkninger av meningsinnholdet.

Formålet med oppgaven er å se på om rettssikkerheten for guttene er styrket eller svekket etter vedtagelse av den nye loven. Dette krever en sammenlikning av guttens rettsstilling med og uten den nye loven. For å vurdere dette skal jeg først gi en oversikt over barns rettstilstand i øvrig regelverk, deretter skal jeg forsøke å fastlegge meningsinnholdet i rettsreglene i den nye loven for så forsøke å plassere disse bestemmelsene inn i en større rettslig sammenheng. Dette gjennom klassisk juridisk metode ved tolkning og harmonisering av rettsregler.³ Oppgaven vil inneholde noen egne juridiske vurderinger basert på drøftelsene av de ulike rettskildene og avveining av hensyn og interesser. Det vil imidlertid komme klart frem når vurderingene er mine egne.

Når jeg skal redegjøre for omskjæring i kapittel 2, støtter jeg meg til forskning som Helse- og omsorgsdepartementet har vist til i Prop. 70 L (2013-2014), UNAIDS sin rapport «Neonatal and child male circumcision: a global review», og fagartikler fra medisinske anerkjente databaser og fagblader. Jeg har ikke den nødvendig medisinske kompetanse til å vurdere verken kvaliteten av denne forskningen, eller til å foreta uttømmende søk på temaet. Jeg bruker likevel denne forskningen for å redegjøre for omskjæring av gutter som inngrep. Mine juridiske vurderinger vil bygge på rettskilder fra den juridiske fagdisiplin.

1.3.2 Hva særpreger rettskildebildet

1.3.2.1 *Lov om rituell omskjæring*

Loven har ikke fått noen offisiell korttittel. For enkelhets skyld vil jeg i resten av oppgaven bruke en egen forkortelse, «omskjæringsloven», og korttittelen «omskjl».

Omskjæringsloven trådte i kraft 1. januar 2015.⁴ Dette betyr at man har lite erfaring med loven i praksis. Det finnes foreløpig ingen rettspraksis knyttet til loven. Derimot skal det benyttes noe Høyesterettspraksis ved tolkning av andre bestemmelser. Underrettspraksis skal i ett tilfelle brukes for å illustrere rettstilstanden fra før omskjæringslovens vedtagelse. Mens den har liten vekt, har praksis fra Høyesterett stor rettskildeverdi. Det skal benyttes juridisk teori om temaet, hovedsakelig fra før lovens vedtagelse. Juridisk teori har mindre rettskildemessig verdi.

³ Eckhoff (2001) s. 333 flg.

⁴ Lovdata.no

Lovteksten og forarbeider er de primære rettskildene fordi de er relevante kilder for temaet, og fordi de har stor verdi som rettskilder. Forarbeidene til loven er oversiktlige, og lett tilgjengelige. Det forarbeidet av mest betydning er Prop. 70 L (2013-2014) til lov om rituell omskjæring, fordi det inneholder mange av departementets intensjoner med lovteksten og formål med lovforslaget.⁵ Stortingets helse- og omsorgskomite sin innstilling pekte på noen utfordringer ved loven, men få som ikke allerede var redegjort for i Prop. 70 L.⁶ Store deler av komitéens innstilling handlet om hvor mye som skulle kreves av egenbetaling i forbindelse med inngrepet, og tilfører ikke så mye mer av betydning for denne oppgave enn det som kommer frem i Prop. 70 L.

1.3.2.2 Helsepersonelloven og Pasient- og brukerrettighetsloven

Helsepersonelloven(hlspl.) og Pasient- og brukerrettighetsloven(pasientrettighetsloven eller pasrl.) er gitt anvendelse «så langt de passer» jf omskjl. § 3(2). Unntaket er pasrl. kapittel 2 som ikke skal komme til anvendelse.

Det følger av forarbeidene til omskjæringsloven at helsepersonelloven kommer til anvendelse når det er helsepersonell som utfører omskjæringen i spesialisthelsetjenesten.⁷ Imidlertid følger det av helsepersonelloven § 2 og forarbeidene til denne loven at denne gjelder for helsepersonell i kraft av yrket og ikke er avhengig av hvor hjelpen blir utført.⁸ Om forholdet til pasientrettighetsloven, har departementet i forarbeidene til omskjæringsloven uttrykt at pasientrettighetsloven ikke vil komme direkte til anvendelse på grunn av at omskjæring faller utenfor en naturlig forståelse av definisjonen av «helsehjelp» som definert i pasrl. § 1-3 bokstav c.⁹

Pasientrettighetsloven og helsepersonelloven er imidlertid viktige lover når det gjelder rettigheter innen helsetjenester. Helsepersonelloven skal sikre kvalitet i helse- og omsorgstjenesten, jf. § 1 og det er pasienten krav som står i fokus.¹⁰ Pasientrettighetsloven skal, jf. § 1-1 sikre befolkningen lik tilgang, og kvalitet på helsetjenester. Den skal også ivareta «respekten for den enkelte pasients og brukers liv, integritet og menneskeverd», jf. § 1-1 (2). I oppgaven skal det drøftes hvilken betydning det har at lovgiver har gitt de to helselovene begrenset anvendelse i omskjæringsloven.

⁵ Prop. 70 L (2013-2014)

⁶ Innst.290 L (2013-2014)

⁷ Prop. 70 L (2013-2014) s. 20

⁸ Ot. Prop. Nr. 13 (1998-1999) s. 213

⁹ Prop. 70 L (2013-2014) s. 20

¹⁰ Ohnstad (2002) s. 26

1.3.2.3 *Barnelova*

Barnelova(bl.) regulerer det privatrettslige forholdet mellom barn og foreldre. Det er foreldrene som har det primære ansvaret for barna i kraft av foreldreansvaret, og dette reguleres i barnelova. Staten har en plikt til å legge til rette for utøvelse av foreldreansvaret, men plikter også å gripe inn der barnet må beskyttes. Det innebærer også beskyttelse mot foreldrene dersom det er behov. Barnelovens regler må videre ses i sammenheng med rettigheter som følger av FNs Barnekonvensjon, se punkt 1.3.2.6.

1.3.2.4 *Straffeloven*

Omskjæring er et kroppslig inngrep som isolert sett vil kunne falle inn under det objektive gjerningsinnholdet i straffeloven(strl.) § 229 om legemsbeskadigelse, dersom det ikke er samtykket til inngrepet.¹¹ Det er knyttet tvil til hvorvidt disse bestemmelsene kan komme til anvendelse ved omskjæring(jf. punkt 5.3.3.1). Omskjæringsloven har egne regler om straff, og det vil følge av lex specialis-prinsippet at det er denne lovens bestemmelser som kommer til anvendelse på omskjæring som er gjort uten samtykke.

1.3.2.5 *På velferdsrettens område*

Omskjæringsloven skal sikre at foreldre har rett til å få omskjæring utført i spesialisthelsetjenesten. Tilsvarende har spesialisthelsetjenesten plikt til å tilrettelegge for tilbudet, jf. omskjl. § 4. I omskjl. §§ 5 – 8 er det gitt nærmere regler om hvem som kan utføre inngrepet, smertelindring, informasjon og samtykke. Loven har en side mot helseretten ved at den regulerer utførelsen av et inngrep på kroppen, og mot barneretten fordi det gjennom barnelova og barnekonvensjonen finnes et særlig vern om barns integritet. På et mer overordnet nivå kan en si at loven hører hjemme på velferdsrettens område fordi den regulerer et inngrep i privates rettsfære, nærmere bestemt guttene og deres kropp. Det er også inngripen i foreldreansvaret fordi loven legger begrensninger på foreldrenes avgjørelsesmyndighet ved spørsmålet om omskjæring.

I velferdsretten er legalitetsprinsippet viktig fordi det danner et rettslig grunnlag for forvaltningens materielle kompetanse.¹² Dette innebærer at inngrep i borgernes rettssfære må ha hjemmel i lov. Legalitetsprinsippet har fra mai 2014 fått en tydeligere forankring i norsk rett gjennom grunnlovsreformen. En ny § 113 er vedtatt, og lyder som følgende: «Myndighetenes inngrep overfor den enkelt må ha hjemmel i lov.» Grunnlovfestingen av legalitetsprinsippet innebærer at det har blitt forsterket, selv om det har stått sterkt som et ulovfestet prinsipp i norsk rett i lang tid.

¹¹ Prop. 70 L (2013-2014) s. 21

¹² Eckhoff (2010) s. 359

1.3.2.6 Barnekonvensjonen som rettskilde

FNs Barnekonvensjon¹³ ble vedtatt av FNs generalforsamling 20.november 1989 og trådte i kraft 2.september 1990. Med få unntak har konvensjonen nærmest global oppslutning.¹⁴ Norge signerte barnekonvensjonen 26. januar 1990 og ratifiserte den året etter. Senere har Norge inkorporert barnekonvensjonen gjennom menneskerettsloven(mnskrl.). Dette innebærer at barnekonvensjonen gjelder som norsk rett jf. mnskrl. § 2 nr. 4. Videre følger det av mnskrl. § 3 at ved motstrid mellom bestemmelser i barnekonvensjonen og norsk rett, skal barnekonvensjonens bestemmelser ha forrang. Barnekonvensjonen er dermed gitt en sterk stilling som rettskilde i norsk rett.

Ved tolking av barnekonvensjonen skal internasjonale regler for tolkning av konvensjoner legges til grunn. Wienkonvensjonen om traktatretten(Wienkonvensjonen) inneholder regler om konvensjoners tolkning. Selv om Norge ikke har ratifisert Wienkonvensjonen, er vi bundet av den fordi dens status er folkerettslig sedvane. Dette følger av statuttene til FNs internasjonale straffedomstol, ICJ, art. 38 (1) b. Denne bestemmelsen er den overordnede regel om rettskilder i folkeretten. Tolkning av konvensjoner skal følge en naturlig språklig forståelse av ordene i sammenheng(som et hele) og i lys av konvensjonens gjenstand og formål, jf. Wienkonvensjonen art. 31.

1.3.2.7 Rapporter og uttalelser fra FNs Barnekomité som rettskilder

FNs barnekomité er et ekspertorgan som overvåker statenes gjennomføring av barnekonvensjonen. Hver stat må overlevere periodiske rapporter til FNs barnekomité jf. art. 44 i barnekonvensjonen. Barnekomitéen utarbeider deretter avsluttende merknader(concluding observations), der de kommer med anbefalinger til bedre etterlevelse og eventuelt bekymringer(concerns) over manglende etterlevelse av konvensjonen. Komitéens avsluttende merknader er ikke juridisk bindende for Norge. Oppfølging av komitéens anbefalinger er likevel viktig. Dersom norsk lov ikke samsvarer med barnekonvensjonen vil dette være brudd på Norges internasjonale forpliktelser. Videre vil Norge kunne tape saker i Den europeiske menneskerettighetsdomstol(EMD), dersom det anlegges sak mot Norge, og Norge ikke har fulgt opp komitéens merknader.

FNs barnekomité publiserer også generelle kommentarer til de enkelte bestemmelsene i barnekonvensjonen. Dette i form av generelle kommentarer(general comments). Rettskildeverdien av generelle kommentarer er det noe uenighet om. Enkelte mener at generelle kommen-

¹³ Autentisk i engelsk versjon med tittel *Convention on the rights of the Child*, art. 54

¹⁴ FNs Barnekomités hjemmeside

tarer kan ses på som verdifulle retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av konvensjonen.¹⁵

Høyesterett har uttalt seg om vekten av generelle kommentarer fra FNs Barnekomité i dommen Rt. 2009 s. 1261. Det som der ble lagt til grunn er senere fulgt i plenumsdommen Rt. 2012 s. 1985.¹⁶ Om vekten av generelle kommentarer sier Høyesterett i Rt. 2009 s. 1261 at selve grunnlaget for komitéens uttalelser har betydning. Det avgjørende er hvor klart kommentaren må anses å gi uttrykk for organets forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene – om det er en tolkningsuttalelse eller en tilrådning, og om uttalelsene passer på det aktuelle faktum og rettsområde.¹⁷

Vekten av uttalelsene i de generelle kommentarene er altså relativ, og beror på en vurdering av grunnlaget for uttalelsene. Ved bruk av Barnekomitéens generelle kommentarer i oppgaven leges det en slik relativ vekt på uttalelsene. Fordi de kommer fra ekspertorganet til konvensjonen vil de være noe mer autoritative enn generell juridisk litteratur.

1.3.2.8 Grunnloven

I rettskildhierarkiet er Grunnloven over barnekonvensjonen og alle de andre rettskilder som er blitt presentert. Siden Grunnloven er *lex superior*, kan ikke norske lover som blir vedtatt være i strid med denne. Dersom bestemmelser i lover er i motstrid må man enten tolke bort motstriden, gjerne ved å tolke den underordnede bestemmelsen innskrenkende, eller så må loven endres. Grunnloven er derfor av stor betydning for de norske lovene, men kommer ikke alltid til anvendelse i de enkelte spørsmål fordi lovbestemmelsene allerede er i samsvar med Grunnloven.

Det er grunnlovsfestet at verdigrunnlaget i Norge forblir den kristne og humanistiske arv, jf. Grl. § 2. Menneskerettighetene er også en del av dette verdigrunnlaget. Religionsfrihet, og understøtting av alle religioner på lik linje følger videre av Grl. § 16. Menneskerettighetene har fått sterkere rotfeste i Grunnloven fra 2014, med et nytt kapittel E. Av særlig betydning for denne oppgaven er § 104 om barns rettigheter. Flere av barns rettigheter som til nå har fulgt av barnekonvensjonen og barnelova, er nå grunnlovsfestet.

1.3.2.9 EMK

Den Europeiske Menneskerettskonvensjon har forrang i norsk rett, jf. mnskr. § 3. Dens bestemmelser har mye å si for blant annet barns rettsstilling. Barns rettsstilling er i stor grad

¹⁵ Høstmølingen (2003) s. 80.

¹⁶ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 136

¹⁷ Rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44

preget av menneskerettighetene og flere artikler i EMK kunne blitt drøftet direkte opp mot temaet i denne oppgave, men dette må utelates av hensyn til oppgavens omfang. I oppgaven er det først og fremst barnekonvensjonen som skal drøftes, og bestemmelser fra EMK kommer inn som tolkningsmomenter eller ved behov for å utdype rettighetene. Det samme vil gjelde for Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (heretter SP) som også er et vedlegg til menneskerettsloven og som også har forrang, jf. mnskrl. § 3, jf. § 2 nr. 3. Ved anvendelse av EMK og SP benyttes samme metode for tolkning som ved andre internasjonale konvensjoner, beskrevet over i punkt 1.3.2.6.

Så vidt meg bekjent har ikke EMD tatt stilling til hvorvidt mannlig omskjæring kan innebære en krenkelse av menneskerettighetene.

1.4 Oppgavens videre fremstilling

Fordi loven er ny og temaet er omstridt, skal det brukes noe plass i kapittel 2 til å presentere bakgrunnen for loven og omskjæring av gutter som tema. Det skal redegjøres for hvordan omskjæring foregår, den religiøse begrunnelsen og hva som er de helsemessige konsekvensene. Kapittel 3 er todelt. Først skal jeg gi en nærmere forklaring av begrepet «rettssikkerhet». Deretter følger en oversikt over barns særlige rettigheter av relevans for oppgavens tema.

I kapittel 4 og 5 skal jeg se på lovens krav til henholdsvis forsvarlighet og samtykke. Først skal det redegjøres for vilkårene generelt, og for formålet med vilkårene med i omskjæringsloven. Deretter skal jeg tolke den nye loven for å fastlegge meningsinnholdet og forsøke å sette bestemmelsene i sammenheng med øvrige rettigheter som gjelder på barnerettens og helserettens område. I punkt 4.3 og 5.3 skal jeg vurdere hvorvidt guttens rettssikkerhet er styrket eller svekket som følge av de nye reglene.

2 Om rituell omskjæring

2.1 Bakgrunn for loven

Hvorvidt det skal foretas en lovregulering av mannlig omskjæring i Norge har vært omstridt. Spørsmålet om lovregulering har vært oppe til vurdering siden 90-tallet.¹⁸ Et representantforslag på Stortinget i 1998¹⁹ foreslo å forby mannlig omskjæring uten medisinske indikasjoner, men dette ble avvist.²⁰ I perioden fra representantforslaget og til 2005 har regjeringen ved Sosial- og helsedepartementet ved flere anledninger utredet medisinske spørsmål og praksis vedrørende inngrepet.²¹ Konklusjonene har vært forskjellige på spørsmål om man skal lovregulere omskjæring av gutter, og eventuelt hvordan. Omskjæring av gutter har foregått i, og utenfor norske sykehus mens debatten om lovregulering har pågått. Det har vært tilfeller av tilsynssaker overfor leger hvor inngrepet ikke har vært utført forsvarlig og hvor guttene har fått alvorlige komplikasjoner. I et av tilfellene døde gutten.²²

Rettslig sett har omskjæring av gutter blitt akseptert. I RG 2009 s. 1325 ble imidlertid en lege, uten autorisasjon i Norge, tiltalt etter strl. § 229 jf. § 232 for å ha utført omskjæring på to gutter på 9 og 11 år. Omskjæringen skjedde i guttenes hjem og ble oppdaget da familien senere søkte legehjelp på grunn av infeksjoner. Legen ble frifunnet med grunnlag i strl. § 235 fordi foreldrene hadde samtykket til inngrepet.

Regjeringen sendte et høringsnotat med forslag til lov om rituell omskjæring på høring 26.april 2011. Formålet med lovforslaget var å sikre at inngrepet skulle bli utført av kompetent person på en forsvarlig måte. To ulike lovmodeller ble foreslått.²³ På bakgrunn av høringsinnspill som kom frem ble Prop. 70 L (2013-2014) utarbeidet og fremmet for Stortinget. I proposisjonen ble en hybrid av de to lovmodellene fra høringsnotatet foreslått. I første behandling i Stortinget ble et lovforslag om en nedre aldersgrense for ikke medisinsk omskjæring på 18 år fremlagt, men nedstemt. Deretter ble lovforslaget stemt over og vedtatt med klar overvekt av stemmer for, selv om det var uenighet om hvorvidt det skulle kreves egenbetaling for inngrepet.²⁴ Ved annen gangs behandling, ble lovforslaget slik det fremgikk av Prop. 70 L vedtatt uten merknader.²⁵

¹⁸ Helse- og omsorgsdepartementet (2011) s. 8 flg.

¹⁹ Dok 8:6 (1998-1999)

²⁰ St. Forh. Nr. 130 (1998-1999) s. 1969

²¹ Helse- og omsorgsdepartementet (2011) s. 9 – 11.

²² Prop. 70 L (2013-2014) s. 18

²³ Helse- og omsorgsdepartementet (2011)

²⁴ Stortinget (2014) [1]

²⁵ Stortinget (2014) [2]

2.2 Hva er rituell omskjæring

2.2.1 Hvorfor utføres rituell omskjæring?

Omskjæring har eksistert i flere tusen år, i flere forskjellige kulturer og av flere forskjellige grunner.²⁶ Mannlig omskjæring praktiseres over hele verden og på ulike måter av muslimer, kristne, jøder, ateister og animister.²⁷ I Norge er det i dag stort sett muslimer og jøder som praktiserer omskjæring.

I jødedommen foregår omskjæring som en del av et religiøst rituale, Brit Milah. I følge det mosaiske trossamfunn skal dette foregå den åttende dagen etter fødsel, men kan utsettes hvis gutten ikke er frisk nok.²⁸ Omskjæringen er tradisjonelt en fars oppgave, men dette delegeres som oftest til en religiøs leder, Mohel, som er trent for oppgaven.²⁹ Den religiøse begrunnelsen for omskjæringen er at det er et synlig tegn på pakten mellom menneskene og Gud, og det følger av første Mosebok kapittel 17, 9-14 at Gud sa til Abraham at han og hans etterfølgere skal omskjæres.

Koranen nevner ikke omskjæring, men det er sikkert at omskjæring er en gammel arabisk tradisjon fra tiden før islam.³⁰ Omskjæring er *sunnah* og *hadith*³¹ – og dermed sikre beretninger om Profetens ord og handlinger som sedvaner som bør følges.³² I hvor stor grad dette skal etterleves er det uenighet om blant islams rettsskoler. Én av de store skolene anser omskjæring som obligatorisk, mens de andre sier det er *sunnah* og kun anbefalt.³³ Omskjæring er likevel ikke et absolutt krav for å utøve muslimsk tro, og en gutt som ikke blir omskåret blir fortsatt ansett som muslim. Det er heller ikke slik at man må bli omskåret for å kunne konvertere.³⁴ Profetens anbefaling er at omskjæring blir utført i ung alder, men det er ikke noen aldersgrense.³⁵

2.2.2 Hvordan utføres inngrepet?

Omskjæring utføres, og har vært utført, på veldig mange forskjellige måter avhengig av sted, tid og kultur.³⁶ I grove trekk kan man likevel si at inngrepet består av at forhuden på penis

²⁶ Dunsumir (1999), Abu-Sahlieh (2008)

²⁷ Abu-Sahlieh (2008) s. 1

²⁸ Det Mosaiske Trossamfunn, http://www.dmt.oslo.no/no/jodedom/livslopet/fodsel_og_omskjaring/

²⁹ Abu-Sahlieh (2008) s. 5

³⁰ Rizvi (1999) s. 13

³¹ l.c.

³² Michalsen (2011) s. 156

³³ Rizvi (1999) s. 13

³⁴ l.c.

³⁵ ibid. s. 14

³⁶ Dunsumir (1999)

fjernes i større eller mindre grad. Loven definerer omskjæring som «et kirurgisk inngrep hvor forhud rundt penis fjernes helt eller delvis», jf. lov om rituell omskjæring av gutter § 2. Det avgrenses derfor her mot inngrep som ikke utføres «kirurgisk», og jeg går ikke nærmere inn på ulike skikker og tradisjoner som er vanlig.

Selve inngrepet kan foretas med flere ulike teknikker.³⁷ Stort sett foregår de fleste inngrep ved at forhuden trekkes tilbake og holdes atskilt fra penishodet(glans) for å ikke skade den. Deretter skjæres forhuden bort. Det kan benyttes ulike hjelpemidler, som en klemme (Mogen clamp, Gomco clamp) eller en ring av metall, for å holde forhuden og penishodet skilt, og for å stoppe blodsirkulasjonen. En annen metode, som ikke innebærer skjæring i huden, er Plastibell-teknikken. Her brukes en ring av plast som settes over penishodet og under forhuden før man knytter en tråd rundet forhuden. Blodtilførselen stoppes med dette og forhuden støtes av etter 3-4 dager. Det er presisert i forarbeidene at man anser også Plastibell-teknikken for å falle inn under definisjonen av omskjæring, selv om ordlyden er «kirurgisk inngrep» og Plastibell-teknikken ikke innebærer skjæring i huden.³⁸ Denne teknikken er den som brukes mest i Norge.³⁹

Inngrepet medfører smerte for barnet.⁴⁰ Det finnes flere ulike teknikker for bedøvelse og de kan gis lokalt eller ved generell anestesi(narkose). Lokal bedøvelse kan gis ved bruk av bedøvende krem eller injeksjon med sprøyte(Dorsal Penile Nerve Block, DPNB). I følge forarbeidene er generell anestesi hos nyfødt assosiert med økende komplikasjoner. Det bør derfor ikke benyttes før etter nyfødtperioden. Når barnet derimot er eldre enn ett, år eller veier mer enn 10 kg, er det nødvendig med generell anestesi.⁴¹ I en systematisk studie av smertelindring ved omskjæring hos nyfødte ble DPNB fremhevet som den klart mest effektive smertelindringen sammenliknet med bedøvende krem. Ingen av disse bedøvelsesmetodene eliminerte smerten helt.⁴²

2.2.3 Helsemessige konsekvenser

Det er vanskelig å gi en oversikt over positive og negative effekter av omskjæring av guttebarn. Dette fordi studier som er utført ikke nødvendigvis er relevant for omskjæring i de formene som det nå lovreguleres at inngrepet skal skje på. Inngrepet foregår under svært forskjellige forhold rundt om i verden og det er stor variasjon i hygienisk standard, hvor det utfø-

³⁷ UNAIDS (2010) s. 12-14

³⁸ Prop. 70 L (2013-2014) s. 14

³⁹ I.c.

⁴⁰ Weismiller. Og Brady-Fryer et. al.(2004)s. 2

⁴¹ Prop. 70 L (2013-2014) s. 16

⁴² Brady- Fryer et. al (2004) s. 14

res, hvem som utfører inngrepet m.m. En artikkel av Abu-Sahlieh gir et godt innblikk i ulike tradisjoner og syn på omskjæring på verdensbasis, og et kritisk blikk på omskjæring av gutter.⁴³

Verdens Helseorganisasjon publiserte i 2010 en rapport laget av UNAIDS om omskjæring av guttebarn på global basis.⁴⁴ Formålet med rapporten var å undersøke ulik praksis når det gjelder omskjæring av nyfødte guttebarn og eldre guttebarn. Inkludert i undersøkelsen var utbredelse av inngrepet, guttens alder, kompetanse hos den som utfører inngrepet, ulike metoder, komplikasjonsrater og kostnader. Den inkluderer omskjæring utført utenfor sykehus og med tradisjonelle metoder uten bedøvelse.⁴⁵

Rapporten konkluderer med at omskjæring på guttebarn er generelt et trygt inngrep med lav risiko når det blir utført av personell som er erfarne, og under tilfredsstillende hygienisk standard. Likevel er det funnet for høye komplikasjonsrater i noen studier som er utført under forsvarlige forhold.⁴⁶ Et viktig funn er at omskjæring på nyfødte og spedbarn er forbundet med lavere risiko for komplikasjoner enn hos eldre barn og voksne.⁴⁷ Siden inngrepet er utbredt over hele verden, og blir anbefalt som en del av HIV/AIDS bekjempelse, er det viktig med fortsatt forskning på området.⁴⁸ Det fremheves at det er viktig med mer forskning på ulike teknikker og metoder som kan benyttes for å finne ut mer om sikkerhet, kostander og tilfredshet hos de omskårne.⁴⁹

På generell basis fremhever rapporten noen positive helsemessige konsekvenser av omskjæring. De som blir omskåret har mindre risiko for urinveisinfeksjon, HIV og enkelte andre seksuelle overførbare sykdommer. Dette på grunn av at huden under forhuden på penis er en god grobunn for bakterier, og en omskåret penis vil være lettere å holde ren. Denne reduserte risikoen er betydelig i land og området hvor det er dårlige forhold for å kunne ivareta personlig hygiene.⁵⁰ WHO anbefaler dermed omskjæring som en del av HIV/AIDS bekjempelse globalt.⁵¹

⁴³ Abu-Sahlieh (2008)

⁴⁴ UNAIDS (2010) «Neonatal and child male circumcision: a global review»

⁴⁵ ibid. s. 5

⁴⁶ ibid. s. 55

⁴⁷ ibid. s. 46

⁴⁸ ibid. s. 55-56

⁴⁹ ibid. s. 34

⁵⁰ ibid. s. 54

⁵¹ WHO (2014)

Av negative helsemessige konsekvenser er de vanlige blødninger, infeksjoner, smerte, opphovning og for mye eller for lite fjerning av forhuden. Alvorlige skadevirkninger er død som følge av blodtap og amputasjon av penishodet dersom penishodet blir skadet under inngrepet. Senvirkninger inkluderer hudformasjoner, infeksjoner, problemer med å urinere, bakteriell infeksjon, fistler, nedsatt følsomhet på penishodet, seksuell dysfunksjon og væskedannelse.⁵²

I rapporten laget av UNAIDS ble det kartlagt studier av komplikasjoner fra hele verden. Av studier hvor inngrepet ble utført på sykehus og av leger, men både motivert av medisinske indikasjoner og religiøse overbevisninger (noe høyere forekomster av skadevirkninger ble funnet ved medisinsk indiserte omskjæringer⁵³), kan følgende frekvenser av såkalte uønskede hendelser nevnes: Hos nyfødte og spedbarn (til og med 11 måneder) i studier fra USA, Storbritannia og Canada, var det rapportert om en frekvens av uønskede hendelser på 0% og opp til 7,4% av tilfellene. For alvorlige uønskede hendelser var det rapportert om en frekvens på 0% - 0,2% (studiene Horowitz & Gershbein, Palit et al., Perlmutter et al., og Gee & Ansell og Wiswell & Geschke).⁵⁴

Hos barn (12 måneder til 12 år) var det i studier fra Danmark og Tyrkia funnet en frekvens for uønskede hendelser på 1,2% - 9,3% (like etter inngrep) og fra studien i Danmark var senvirkninger 0%. Alvorlige uønskede hendelser var 0% - 1% (studiene Sorensen & Sorensen og Al-demir et al.).⁵⁵

En del av de helsemessige konsekvensene som fremheves som fordeler med omskjæring av gutter, kan kritiseres.⁵⁶ Det er ikke min oppgave å ta stilling til hvorvidt det er flest positive eller negative helsemessige konsekvenser forbundet med inngrepet. Poenget her er å belyse at det er stor uenighet om hvorvidt inngrepet er sunt eller skadelig.

⁵² UNAIDS (2010) s. 35

⁵³ *ibid.* s. 46

⁵⁴ *ibid.* s. 38 og 40

⁵⁵ *ibid.* s. 42

⁵⁶ Frisch (2015)

3 Rettssikkerhet og barns rettsstilling i dagens samfunn

3.1 Hva menes med rettssikkerhet?

Rettssikkerhet er en grunnleggende verdi i en demokratisk rettsstat. Det er ikke noe tydelig fast innhold i begrepet rettssikkerhet, det vil variere, men det kan være stor enighet om hva som bør være til stede for at et minimum av rettssikkerhet skal være oppfylt. For eksempel finnes det et krav i jusen om rettferdig rettergang, det følger blant annet av EMK art. 6. Uten at retten til rettferdig rettergang er oppfylt, kan vi ikke si at en tilstrekkelig grad rettssikkerhet er oppfylt.

Én definisjon av rettsikkerhet er: «samlebetegnelse dels for et ideal i rettsstaten som lovgiver, domstoler og forvaltningen bør etterstrebe, dels for en rekke krav og plikter som etter gjeldende rett stilles til domstoler og forvaltning».⁵⁷

Kjønstad og Syse beskriver to hovedbetydninger av begrepet rettssikkerhet. Den første er at rettsikkerhet brukes som «krav til rettsriktige avgjørelser.» At borgerne får riktige vedtak rettet mot seg, og får de ytelsene de har rett på uten å bli utsatt for uriktig tvang er rettssikkerhetsgarantier som sikrer rettssikkerhet. Den andre hovedbetydningen av rettssikkerhet er krav til lovgivningen og rettsordenen om at den skal sikre borgeren visse rettigheter gjennom grunnloven, menneskerettigheter eller grunnleggende rettferdsforestillinger i samfunnet.⁵⁸

I lys av dette skal rettssikkerheten i forbindelse med den nye loven vurderes. Begge dimensjoner av rettssikkerhetsbegrepet er relevante. Det skal vurderes om kravet til rettsriktige avgjørelser kan oppfylles ut ifra den nye lovens enkelte bestemmelser. Dette skal gjøres ved å tolke omskjæringslovens regler for å se om de kvalitativt er gode nok til å oppfylle lovens egne formål.

Det er og relevant å se på om den nye loven er i samsvar med øvrig rett som er ment å ivareta borgernes rettssikkerhet på velferdsrettens område. Det vil si om loven tilfredsstiller verdier i Grunnloven, menneskerettigheter og grunnleggende rettferdsforestillinger, i tråd med den andre betydningen av rettssikkerhetsbegrepet.

Siden innholdet i begrepet rettssikkerhet ikke lar seg fastslå nøyaktig, vil det heller ikke være noe mål med oppgaven å konkludere på om rettssikkerheten er ivaretatt. Isteden skal jeg søke å finne svar på om rettssikkerheten for guttene kan være styrket eller svekket med den nye loven.

⁵⁷ Gisle (2010) s. 344

⁵⁸ Kjønstad (2011) s. 108

3.2 Barns rettsstilling

3.2.1 Hvorfor barnet er i en særlig rettsstilling

Det fremgår av barnekonvensjonens innledning at barnet har rett til spesiell omsorg og hjelp og at de, på grunn av sin fysiske og psykiske umodenhet, har behov for spesielle beskyttelses-tiltak og særlig omsorg. Det er foreldrene som er de primære forsørgere, jf. bl. § 30 og barnekonvensjonen art. 18. Selv om dette skal gi barna trygghet og omsorg, er det også behov for et vern mot at barna blir utsatt for skade, forsømmelighet eller vanskjøtsel av foreldrene. Derfor må barn vernes også av samfunnet og staten.⁵⁹

3.2.2 Foreldreansvaret

Barnelova § 30 slår fast innholdet i foreldreansvaret. Ansvarer er todelt ved at det dels gjelder barnets krav på omsorg, og dels gjelder foreldrenes rett og plikt til å ta avgjørelser på vegne av barnet.⁶⁰ Vanligvis er det mor og far som har foreldreansvaret sammen jf. § 34 og § 35. Dette kan være annerledes dersom den ene forelder er død, eller foreldrene ikke er gift eller bor sammen. Når barnet bor fast sammen med én av foreldrene som har den daglige omsorg jf. § 37, har denne alene anledning til å ta avgjørelser i vesentlige forhold ved omsorgen i dagliglivet.

Tradisjonelt sett har barnet blitt sett på som foreldrenes eiendom. I moderne tid har man imidlertid anerkjent barn som selvstendige individer, som rettssubjekter.⁶¹ I dag har barn samme rettigheter som voksne, men må i tillegg vernes på grunn av deres sårbarhet. Likevel er det en del avgjørelser som faller inn under foreldreansvaret. Foreldreansvaret begrenser på en måte barns selvstendige rettigheter, selv om de likevel er ment å skulle beskytte, og sikre trygghet. Foreldre og familie er kjerneverdier i barnekonvensjonen, jf. blant annet art. 5, 7, 8, 9 og 18.

Barnekonvensjonen art. 7 nr. 1 gir barn rett til «så langt det er mulig (...) å kjenne sine foreldre og til å få omsorg fra dem». I art. 18 gis det anvisning om at begge foreldre har et felles ansvar for barnets oppdragelse og utvikling. FNs barnekomité påpeker at respekten for foreldrerollen og for foreldre og barns avhengighet til hverandre er viktig. Komitéen uttrykker at statene skal(should) respektere dette forholdet, og uttrykker dette som en plikt for statene heller enn en tilråding.⁶² Barnekonvensjonen art. 5 gir uttrykk for respekt for foreldreansvaret ved at «partene skal respektere det ansvar og de rettigheter og forpliktelser som foreldrene (...) har, for å gi det veiledning og støtte (...) under barnets utøvelse av rettighetene anerkjent i denne konvensjonen.»

⁵⁹ FNs Menneskerettighetskomité, General Comment No. 17 avsnitt 6

⁶⁰ Smith (2006) s. 97-98

⁶¹ *ibid.* s. 22

⁶² FNs Barnekomité, General Comment No. 7 avsnitt 18 og 19

At familie er en kjerneverdi i menneskerettighetene følger av retten til vern om familie- og privatliv i EMK art. 8. Denne beskytter familien som sådan, og skal derfor beskytte både barn og foreldre, i hovedsak mot inngrep i fra statens side.

Foreldrenes rett til religionsutøvelse følger av Grl. § 16 om fri religionsutøvelse og EMK artikkel 9. Å begrense foreldrenes rett til å utføre omskjæring på sine barn kan innebære en innskrenking i religionsfriheten. Det kan imidlertid gis begrensninger i religionsfriheten dersom det er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den offentlige trygghet, for å beskytte helse, jf. art. 9 nr. 2.

3.2.2.1 Hvilke avgjørelser faller inn under foreldreansvaret

Foreldreansvaret omfatter avgjørelser vedrørende barnets personlige forhold innenfor grensene som følger av bl. §§ 31 til 33. I forarbeidene til endringer i barnelova er det laget en oversikt over hvilke avgjørelser som hører inn under foreldreansvaret. Inn under faller både retten til å ta avgjørelser om medisinsk behandling, samtykke til medisinske inngrep og innmelding i trossamfunn.⁶³ I omskjæringsloven er det krav om foreldrenes samtykke til omskjæring av gutter under 18 år, jf. omskjl. § 8.

3.2.2.2 Foreldreansvaret skal utøves ut fra barnet sine interesser og behov

Det følger av bl. § 30 (1) siste punktum at foreldreansvaret skal utøves ut fra barnets interesser og behov. Avgjørelser vedrørende barnet skal derfor ikke treffes ut i fra foreldrenes egne ønsker, men dette betyr likevel ikke at det ikke er andre interesser enn barnets som må tas hensyn til. Et eksempel kan være hensynet til andre familiemedlemmer.⁶⁴ I avgjørelser om inngrep som gjøres av medisinske årsaker, vil derimot hensynet til barnets interesse være det viktigste hensyn. I spørsmål om religion kan det tenkes at samhörighet og resten av familiens tro er like viktig som hva barnets religiøse interesser er. I mange tilfeller vil det som er i barnets interesse og barnets behov sammenfalle med hva foreldrene mener er best for barnet. Særlig når barnet er lite, vil det være vanskelig å si noe om hva barnets egen interesse er vedrørende for eksempel religion og medisinske inngrep.

Også i barnekonvensjonen er det stadfestet at foreldrene først og fremst skal ivareta barnas interesser. Dette følger av artikkel 18 om foreldrenes ansvar. Etter tredje punktum skal barnets beste for dem komme i første rekke. («[W]ill be their basic concern» i den engelske teksten.)

⁶³ Ot.prop. nr. 56 (1996-1997) s. 39

⁶⁴ Smith (2006) s. 103

3.2.2.3 Barnets rett til å bli hørt

Foreldrene plikter å legge vekt på barnets interesser og behov jf § 31. Foreldrene må ta hensyn til hva barnet selv mener om saken så lenge det er i stand til å danne seg egne synspunkt, og i alle fall fra fylte syv år, jf. § 31. Denne retten, også kalt medbestemmelsesretten, innebærer ikke at barnet skal fatte avgjørelser selv, men at foreldrene plikter å gi barnet anledning til å komme med sine meninger, og at deres synspunkter skal være et moment i avgjørelsen.⁶⁵ Dette betyr at foreldrenes kompetanse til å fatte avgjørelser om personlige forhold for barnet er begrenset av medbestemmelsesretten.

Før barnelova, fremgikk barnets medbestemmelsesrett av Vergemålsloven av 22. april 1927 § 40, før den ble tatt inn i barnelova og senket fra 12 til 7 år.⁶⁶ Retten til medbestemmelse har dermed eksistert i norsk rett også før barnekonvensjonen. Barnelovutvalget, som utarbeidet forslaget til ny barnelov med NOU 1977: 35, hadde det synet på foreldreansvaret at det skulle utøves i samråd med barna og at barna gradvis skulle involveres mer i spørsmål om avgjørelser i personlige forhold.⁶⁷ Senere har medbestemmelsesretten for barn blitt lovfestet også på helserettens område, jf. pasrl. § 3-2 (2) og § 4-4 (3).

I barnekonvensjonen følger retten til å bli hørt av artikkel 12, som også er et av de fire grunnleggende prinsippene i Barnekonvensjonen.⁶⁸ Retten til å bli hørt omfatter alle spørsmål som i en eller annen form dreier seg om barn, og er ikke begrenset til avgjørelser i personlige forhold slik som i barnelova. Barnekonvensjonen har dermed et videre anvendelsesområde. Dette er naturlig da den er ment å være retningsgivende for konvensjonspartenes lovgivning generelt. Barnekomitéen konstaterer at også barn i tidlig alder skal ha rett til å si sin mening i samsvar med alder og modenhet.⁶⁹ Dette er uttalelser fra Barnekomitéen som bør tillegges stor vekt på grunn av komitéens klare formuleringer om at også det unge barnet *skal* ha en slik rett.

Retten til å bli hørt i samsvar med alder og modenhet ble tatt inn i Grunnloven i 2014. Grl § 104 lyder nå: «Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i samsvar med deres alder og utvikling.» Dette styrker det juridiske grunnlaget for barns medbestemmelsesrett.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 62 (1979-1980) s. 23

⁶⁶ NOU 1977: 35 s. 48

⁶⁷ *ibid.* s. 47

⁶⁸ FNs Barnekomité, General Comment No. 5, avsnitt 12

⁶⁹ FNs Barnekomité, General Comment No. 7, avsnitt 14

3.2.2.4 Barnets rett til selvbestemmelse

Det følger av barnelova § 33 at barnet skal få stadig større selvbestemmelse frem til det fyller 18 år. Selvbestemmelsesretten for barnet innebærer, i motsetning til medbestemmelsesretten, at barnet skal ha mulighet til å ta egne avgjørelser. Denne bestemmelsen var ny med loven i 1981. Bakgrunnen var Barnelovutvalgets syn på foreldreansvaret. Tanken var at dersom foreldrene gir barna stadig mer bestemmelsesrett, vil de lettere utvikle seg til selvstendige mennesker. Det burde derfor skje en gradvis uttynning av foreldreansvaret til fordel for barnets selvbestemmelsesrett.⁷⁰

Barnekonvensjonen inneholder ingen tilsvarende bestemmelse om barnets selvbestemmelsesrett. Artikkel 12 er begrenset til at barnet skal ha en rett til å uttrykke seg, og til å få sin mening vektlagt i samsvar med alder og modenhet. Heller ikke andre steder i barnekonvensjonen gis barnet en selvstendig beslutningsrett.⁷¹ Barnelova § 33 går dermed lenger i å gi barnet adgang til å bestemme på egen hånd, selv om tilløp til en rettsutvikling i retning av selvbestemmelse for barnet finner sted i FNs Barnekomité's arbeider.⁷²

I noen tilfeller er barna gitt full selvbestemmelsesrett også før fylte 18 år. I barnelova § 32 er barnet gitt en rett til å melde seg inn og ut av foreninger og til å velge utdanning når det er fylt 15 år. Det følger også av lov om trdomssamfunn og ymsit anna(trossamfunnsloven) § 3. På helserettens område er myndighetsalder for samtykke til helsehjelp 16 år. Det følger av pasrl. § 4-3 jf. § 4-4 at foreldrene har samtykkekompetanse frem til barnet er 18 år. Etter § 4-3 (1) bokstav a, er det personer over 18 år som har rett til å samtykke til helsehjelp, med mindre noe annet følger av særskilt lovbestemmelse eller vedkommende er fratatt rettslig handleevne jf. § 4-7. Bokstav b åpner imidlertid for at personer mellom 16 og 18 år kan være samtykkekompetente når ikke annet følger av særskilt lovbestemmelse eller tiltakets art. Forarbeidene til pasientrettighetsloven uttrykker at bokstav b skal være hovedregelen, og anses som den «helserettslige myndighetsalder.»⁷³

3.2.3 Barnets beste

Det følger av barnekonvensjonen art. 3 at «Ved alle handlinger som berører barn (...) skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.» Dette er et annet av de fire grunnleggende prinsippene i Barnekonvensjonen, ved siden av retten til å bli hørt.⁷⁴ Prinsippet skal anvendes i alle handlinger og vurderinger som involverer barn. Det kommer til anvendelse enten det er

⁷⁰ NOU 1977: 35 s. 49

⁷¹ Sandberg (2012) s. 91

⁷² Sjøvig (2009) s. 48

⁷³ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 133

⁷⁴ FNs Barnekomité, General comment no. 5 (2003) avsnitt 12

offentlige eller private institusjoner som treffer avgjørelser for barnet, og det overordnede ansvaret for å sikre at prinsippet blir ivaretatt er lagt til staten. Staten har ansvaret for å treffe lovgivningsmessige og administrative tiltak for å sikre barnet beskyttelse og omsorg som er nødvendige for barnets trivsel, og å ta hensyn til foreldrenes rettigheter og forpliktelser overfor barnet, jf. art. 3 nr. 2. Staten må også sikre at institusjoner som har ansvar for barns omsorg eller beskyttelse retter seg etter standarder fastsatt av myndighetene. Særlig gjelder dette på områder innen sikkerhet og helse og når det gjelder personalets antall og kvalifikasjoner samt kvalifisert tilsyn, jf. art. 3 nr. 2.

Grunnloven § 104 (2) gir også uttrykk for at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i handlinger og avgjørelser som berører barn. Bestemmelsen har blitt vektlagt av Høyesterett i flere saker siden vedtagelsen.⁷⁵ Saken i Rt. 2015 s. 93 gjaldt rettslig prøving av et vedtak om utvisning av en kenyansk mor på bakgrunn av at hun hadde gitt uriktige identitetsopplysninger. Hensynet til datteren, som det ble konstatert at hadde rettslig interesse i saken, var avgjørende for utfallet. Høyesterett kom til at datterens fremtid ville bli risikofylt og uvisst ved en utvisning til Kenya, og at barnets beste talte for at utvisningsvedtaket derfor var ugyldig.⁷⁶

Om § 104 (2) uttaler Høyesterett at denne er «bærebjelken» i § 104. Den har sin parallell i barnekonvensjonen art. 3, og skal tolkes i samsvar med denne.⁷⁷ Høyesterett vektlegger Barnekomitéens uttalelser vedrørende barnets beste-vurderingen når de sier at den, ved avveiningen mot andre interesser, skal ha stor vekt, løftes frem og stå i forgrunnen.⁷⁸

De som er imot at omskjæring i det hele tatt skal kunne utføres på gutter, vil kunne argumentere for at omskjæring i seg selv er i strid med barnas beste-vurderingen fordi spedbarn må beskyttes mot inngrep på kropp uten medisinsk indikasjon. I og med at små barn selv ikke kan uttrykke sin vilje, er det vanskelig å si hva som er i barnas interesser, og de interesser som faktisk vurderes er egentlig et uttrykk for foreldrenes vilje. Når barna blir større kan de i større grad ivareta sine egne behov og interesser. Det er ikke sikkert at de da bifaller den avgjørelse som foreldrene tok mens de var små.

De med motsatt standpunkt vil kunne argumentere for at ingen er i en bedre posisjon til å vite hva som er best for gutten enn foreldrene. De vil kunne argumentere med at det er viktig for et barn å vokse opp i et sosialt, kulturelt og religiøst fellesskap sammen med andre familiemedlemmer og nærstående.

⁷⁵ Rt. 2014 s. 976, Rt. 2014 s.1034, Rt. 2015 s. 110.

⁷⁶ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 78 - 82.

⁷⁷ ibid. avsnitt 63

⁷⁸ ibid. avsnitt 65

3.2.4 Vern om barnets integritet

Med «integritet» kan forstås et individs ukrenkelighet, eller selvstendighet.⁷⁹ Når jeg anvender begrepet integritet mener jeg et individs ukrenkelige sfære, som særlig er beskyttet gjennom menneskerettigheter, Grunnloven og andre lover som staten må respektere i kraft av legalitetsprinsippet. Et uforsvarlig inngrep på kroppen kan krenke både den fysiske og psykiske integritet. Men et forbud mot et inngrep av religiøs karakter kan også krenke den religiøse og sosiale sfæren som også må anses som en del av en persons integritet.

Omskjæring er et inngrep som innebærer at man kutter i kroppen og fjerner hud på en ømfintlig kroppsdel. Dette tilsier at det er behov for et strengt integritetsvern.

3.2.4.1 Hvilke bestemmelser i barnekonvensjonen kan omskjæring krenke?

Barn har rett på beskyttelse mot alle former for fysisk eller psykisk vold, jf. § 19. Barn har og krav på beskyttelse mot tortur eller nedverdiggende behandling, jf. § 37(1) a. Sammen med retten til liv i art 6 er dette bestemmelser som setter absolutte grenser for fysiske inngrep på barn. Den norske straffeloven, barnelova § 30 (3) og Grunnloven § 93 (2) gir også barnet et slikt vern.

Gjøres inngrepet i forsvarlige former, med tilfredsstillende smertelindring, under hygieniske gode forhold og av kompetent personell er det tvilsomt om disse bestemmelsene kan anvendes på omskjæring. Det er derfor mer naturlig å se på om inngrepet kan anses som «tradisjonsbunden praksis som er skadelig for barns helse» jf. barnekonvensjonen art. 24(3). Denne bestemmelsen er utledet av barnets rett til helse i art 24 (1) som anerkjenner barnets rett til «å nyte godt av den høyest oppnåelige helsestandard.» Denne bestemmelsen må imidlertid sees i sammenheng med retten til liv og rett til vern om fysisk integritet og vern mot tortur og nedverdiggende behandling.⁸⁰ Foruten å sikre barnet rett til nødvendige helsetjenester, skal staten etter art. 24 sikre fravær av helseskadelige handlinger og forhold. Videre må retten til høyst oppnåelig helsestandard sees i lys av hver enkelt stats utviklingsnivå og medisinske tilbud som er tilgjengelig.⁸¹

Art. 24 nr. 3 forplikter statene seg til å treffe tiltak for å avskaffe tradisjonsbunden praksis som er skadelig for barns helse. Bestemmelsen gjelder først og fremst kjønnslemlestelse, som klart anses som skadelig praksis, men også fysisk avstraffelse og mer grusomme handlinger

⁷⁹ Ordnett.no

⁸⁰ Halvorsen (2012) s. 188

⁸¹ ibid. s. 187

som innebærer brenning, binding, amputasjon m.m.⁸² Under vedtagelsen av art. 24 nr. 3 var det stor uenighet om ordlyden i artikkelen nettopp på grunn av statenes kulturelle ulikheter.⁸³

Det fremgår ingen inngående vurdering av forarbeidene av hvorvidt mannlig omskjæring kan anses som «tradisjonsbunden praksis som er skadelig for barns helse» jf. art. 24 nr. 3. Det legges isteden til grunn at behov for et forbud ikke følger av barnekonvensjonen, men at den må tolkes slik at inngrepet må gjøres forsvarlig.⁸⁴ Videre vises det til NOU 2013:1 om det livssynsåpne samfunn som vurderte spørsmålet om omskjæring av gutter i forhold til temaet praktisering av tro og livssyn i det norske samfunnet. Utvalget konkluderer blant annet med at det er «avgjørende viktig at gutten som omskjæres, ikke blir påført unødig smerte, og at inngrepet er medisinsk forsvarlig». Og at «[u]tvalgets flertall har ikke kompetanse til å vurdere de medisinske effektene og faren for komplikasjoner, men mener at dette bør klarlegges nærmere».⁸⁵

I likhet med forarbeidene⁸⁶ har jeg ikke funnet at FNs Barnekomité har behandlet spørsmålet om omskjæring av gutter i forhold til art. 24 nr. 3.

Barnets integritet vernes også av norsk straffelovgivning som gir individet en grunnleggende rett til å motsette seg inngrep på kroppen, gjerne betegnet som individets rett til fysiske integritet og direkte uttrykt i blant annet strl. § 228 om straff for legemsbeskadigelse.⁸⁷ På helserettens område er det pasient- og brukerrettighetsloven og helsepersonelloven som er ment å verne om individenes integritet, jf. punkt 1.3.2.2.

3.2.4.2 Barnets rett til vern om familieliv, privatliv og religionsfrihet

Barnets rett til religionsutøvelse følger av barnekonvensjonen art. 14. Denne er utledet av SP art. 18 om rett til religionsfrihet. Også Grunnloven sikrer religionsfrihet, jf. § 16.

Barnets religionsfrihet er ofte tett vevd sammen med foreldrenes.⁸⁸ Foreldrene har rett til respekt for plikten til å veilede barnet jf. art. 14 nr. 2. Denne er ikke ment å uthule barnets rettigheter. Det er «veiledning» foreldrene kan gjøre, og dette må gjøres i samsvar med barnets

⁸² Jf. FNs Barnekomité, General Comment No. 13

⁸³ Van Bueren (1995) s. 307

⁸⁴ Prop. 70 L (2013-2014) s. 29

⁸⁵ NOU 2013:1 s. 252

⁸⁶ Prop. 70 L (2013-2014) s. 28

⁸⁷ Aasen (2000) s. 251

⁸⁸ Köhler-Olsen (2012) s. 538.

«gradvise utvikling.» Veiledningen må sees i sammenheng med art. 12 om barnets medbestemmelsesrett.⁸⁹

Barns rett til religionsfrihet innebærer rett til å utøve sin religion og til å ikke bli diskriminert på religiøst grunnlag, jf. art 2. Hvorvidt religionsfriheten for barnet skal omfatte også friheten til å velge sin egen religion, er omstridt. Denne retten følger eksplisitt av SP artikkel 18 nr. 1, som barnekonvensjonens art 14 er bygget på.⁹⁰ Den ble imidlertid ikke inntatt i art. 14 på grunn av uenighet mellom stater.⁹¹ Religionsfriheten kan videre begrenses for å beskytte blant annet helse jf. art 14 nr. 3. Det må da være hjemlet i nasjonal rett, det må være nødvendig, og må være innenfor et av formålene som for eksempel helse. Lovregulering av omskjæring kan sees som en begrensning av religionsfriheten og må oppfylle vilkårene for å være lovlig etter barnekonvensjonen art. 14.

Barnet har rett på vern mot inngrep i sitt familie- og privatliv jf. art 16 i barnekonvensjonen. Denne må ses i sammenheng med EMK art 8 og SP art. 17 nr. 1.⁹² Retten til familie- og privatliv har nå blitt grunnlovsfestet, jf. § 102. Denne skal tolkes i lys av EMK art. 8 og SP art. 17. Uttrykket privatliv favner vidt, og etter praksis fra EMD skal den favne om fysisk og psykisk integritet, en enkeltes identitet og personlig autonomi. Båndet mellom foreldre og barn er en del av begrepet «familieliv».⁹³

Lovregulering av omskjæring av gutter kan sees på som inngripen i familielivet og familiens private sfære. Det kan også ses som en invadering av privatlivet. Familie kan representere trygghet og tilhørighet for gutten, samtidig som gutten har krav på beskyttelse av staten, også mot sine foreldre når det er nødvendig.

⁸⁹ Høstmølingen (2012) s. 130

⁹⁰ Van Bueren (1995) s. 156

⁹¹ *ibid.* s. 157

⁹² Stang (2012) s. 162

⁹³ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57 – 58.

4 Forsvarlighet som rettssikkerhetskrav

4.1 Formålet med forsvarlighet

Det fremgår av forarbeidene til omskjl. at ca. 2000 gutter ble omskåret i Norge årlig uten at man visste hvordan eller hvor.⁹⁴ At omskjæring skulle foregå i forsvarlige former, var nettopp derfor årsaken til at man ønsket å lovregulere. Dette fremgår av proposisjonens innledning som starter med at formålet er å «foreslå rettslige rammer som skal sikre at rituell omskjæring utføres på en forsvarlig måte». Den foreslåtte regulering skal «skape klarhet i ansvarsforhold, samtykkeregler og kompetansekrav, samt sikre adekvat smertelindring og oppfølging etter inngrepet.» Videre er det et formål å sikre at omskjæring skal bli utført av kompetent person og på forsvarlig måte.⁹⁵ I departementets vurderinger av lovforslaget sies det videre at «formålet med å foreslå en lovregulering av rituell omskjæring av gutter er som nevnt å sikre at gutter som blir omskåret ikke lider overlast».⁹⁶

I den videre fremstilling skal jeg se på hvilke regler som sikrer forsvarlighet og hvordan forsvarlighet sikres i disse. I punkt 4.3 vil jeg drøfte i hvilken grad rettssikkerheten for guttene er ivarettatt ved at loven stiller krav om forsvarlighet.

4.2 Forsvarlighet i omskjæringsloven

Omskjæringsloven består innledningsvis av bestemmelser om formål, definisjon og virkeområde i §§ 1 - 3. Avslutningsvis har den bestemmelser om straff, ikraftttredelse og endringer i §§ 9 - 11. De øvrige bestemmelsene i loven er de reglene som bestemmer hvordan omskjæring kan utføres på en lovlig og forsvarlig måte jf. §§ 4 – 8.

Det offentlige tilbudet om omskjæring er nært knyttet til formålet om at omskjæring skal utføres på en forsvarlig måte. Dette reguleres i § 4. Hvem som har adgang til å utføre omskjæringen reguleres i § 5 og går ut på at den personelle kompetansen til å utføre inngrepet begrenses. Det er videre et krav om nødvendig smertelindring, jf. § 6.

«Forsvarlighet» i omskjæringsloven er både et materielt vilkår og en formålsbestemmelse. Som materielt vilkår knyttes kravet om forsvarlighet både til selve utførelsen jf. «forsvarlig måte» i § 4 jf. § 1, og til tilbudet innenfor helse- og omsorgstjenesten jf. «forsvarlig tilbud i § 4.»

⁹⁴ Jf. Prop. 70 L (2013-2014) s. 14

⁹⁵ Ibid. s. 5

⁹⁶ Ibid s. 54

I §§ 7 og 8 reguleres henholdsvis rett til informasjon om inngrepet og krav om samtykke. Også disse reglene anser jeg som regler som sikrer forsvarlig utførelse i tråd med lovens formål. Samtykkereglene skal behandles imidlertid i neste kapittel i oppgaven. Siden det er mest naturlig å behandle retten til informasjon i sammenheng med samtykkekravet, vil både § 7 og § 8 behandles i kapittel 5.

4.2.1 Forsvarlig tilbud

I § 4 er det nedfelt et krav om at regionale helseforetak skal organisere spesialisthelsetjenesten slik at foreldrene sikres et forsvarlig tilbud om omskjæring av guttene. Dette må sees i sammenheng med lovens formål om å sikre at omskjæring blir utført på en forsvarlig måte. Plikten er en viktig oppfølging av lovreguleringen om å tillate omskjæring. Uten en tilrettelegging av spesialisthelsetjenesten, ville tilbudet vært avhengig av private klinikker og alternative tilbydere, mens et offentlig tilbud vil sikre tilgang på omskjæring utført på forsvarlig måte. Uten denne tilretteleggingen av spesialisthelsetjenesten ville det kunne tenkes at det i større grad ville blitt benyttet ufaglært helsepersonell og uforsvarlige steder til å utføre inngrepet.

Det er ikke lovregulert krav til at omskjæring må foregå på sykehus. Inngrepet kan i prinsippet foregå hvor som helst. Begrensninger ligger i lovens regler om personell kompetanse og forsvarlig utførelse.

4.2.2 Forsvarlig utførelse

I omskjl. § 5 er det angitt hvem som har adgang til å utføre rituell omskjæring. Etter første ledd er det leger som skal stå for utførelsen. Dette innebærer at den som skal utføre inngrepet må ha autorisasjon i henhold til helsepersonelloven § 48 (1) bokstav n, eller lisens i henhold til § 49.

Lovgiver har imidlertid bestemt at også «andre» kan utføre inngrepet jf. § 5 (2). Dette reiser spørsmål om det stilles noen krav til hvem slike «andre» kan være, med andre ord om det finnes krav til spesiell kompetanse eller kvalifikasjoner ved siden av kravet til at en lege skal stå ansvarlig for inngrepet. Begrunnelsen for at man ville tillate også andre enn leger å utføre inngrepet, er praksisen i jødedommen hvor en Mohel (religiøs leder innenfor jødedommen) skal utføre omskjæringen. Departementet vurderte å innføre en regel om at bare leger skulle kunne utføre inngrepet, men kom til at dette i praksis ville gjøre det umulig for jøder å få utført omskjæring i samsvar med sin religion. Av hensyn til dette vedtok man derfor å tillate at «andre» også kunne utføre omskjæring.⁹⁷

⁹⁷ Ibid. s. 50

Det er ikke presisert noen krav i loven til faglige kvalifikasjoner for den «andre» som skal utføre omskjæring. Det som derimot er påkrevet er at det er en lege til stede, som står ansvarlig for inngrepet og som påser at inngrepet skjer i henhold til loven. Siden det ikke er noe krav om hvor inngrepet skal foretas, kan det for eksempel utføres på stedet der den religiøse seremoni skal foregå.

4.2.3 Smertelindring

I omskjl. § 6 er det lovfestet et krav om at nødvendig smertelindring skal gis. Det er ikke angitt noe nærmere hvem som kan gi dette eller hva som anses som «nødvendig» smertelindring. Det er imidlertid presisert at smertelindring skal gis «forut for, under og etter inngrepet», jf. § 6 annet punktum.

I forarbeidene uttales det at «det følger allerede av den alminnelige forsvarlighetsplikten i hlspl. § 4 at helsepersonell må gi den smertelindring som det etter en konkret helsefaglig vurdering er nødvendig og mulig å gi. Lovforslagets bestemmelse om smertelindring vil derfor i all hovedsak være av pedagogisk betydning.» Det sies og at et slikt eksplisitt krav vil gjøre det tydelig at det kreves smertelindring også i de tilfellene hvor inngrepet utføres av andre enn en lege.⁹⁸ Det forutsettes altså at hlspl. § 4 kommer direkte til anvendelse, og at det er den ansvarlige lege som både vurderer og gir bedøvelse. Hvilken type bedøvelse som skal gis, skal være en konkret faglig vurdering hvor guttens alder er et viktig element.⁹⁹

⁹⁸ ibid. s. 65

⁹⁹ L.c

4.3 I hvilken grad er rettssikkerheten ivaretatt?

Forsvarlighetskravet i omskjæringsloven bidrar til å ivareta lovens formål om at gutten ikke skal bli skadelidende. Spørsmålet blir så hvorvidt forsvarlighetskravet ivaretar guttenes retts-sikkerhet i forbindelse med omskjæring. For å besvare dette vil jeg se på om loven innebærer styrket eller svekket rettssikkerhet i forhold til guttenes rettsstilling for øvrig.

4.3.1 Forholdet til helsepersonelloven og pasient- og brukerrettighetsloven

Omskjæringsloven § 3 regulerer lovens virkeområde, herunder forholdet til pasientrettighetsloven og helsepersonelloven. Det følger av annet ledd at de to helselovene kommer til anvendelse «så langt de passer». Hvorvidt lovene «passer» må avgjøres ved tolkning.

Det følger av forarbeidene til omskjæringsloven at omskjæring skal falle utenfor begrepet «helsehjelp».¹⁰⁰ Begrunnelsen er at inngrepet ikke faller inn under noen av formålene som beskrevet i definisjonen i helsepersonelloven.¹⁰¹ Definisjonen i hlspl. § 3 (3) er «enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som utføres av helsepersonell.» Det er den samme definisjon som er lagt til grunn i pasrl. § 1-3 bokstav c, med unntak av ordet «enhver».

I et helserettslig perspektiv er det nærmest en forutsetning for å la pasientrettighetsloven og helsepersonelloven komme til anvendelse, at handlingen omfattes av begrepet helsehjelp. Det følger av helsepersonellovens virkeområde at det å yte helsehjelp heller ikke er begrenset til å gjelde innenfor helse- og omsorgstjenesten, jf. hlspl. § 2: «Loven gjelder helsepersonell og virksomheter som yter helsehjelp i riket.» Det er to vilkår som må være oppfylt: Det må være tale om å omfatte *enten* en som er helsepersonell *eller* en virksomhet. Og disse må *yte helsehjelp*. De to første vilkårene må være alternative på grunn av ordet «og». Dette følger også av helsepersonells og virksomheters faktiske funksjon. Helsepersonellets plikter er ikke avhengig av å bli utført innenfor en virksomhet.

At helsepersonelloven gjelder for helsepersonell i kraft av yrkesutøvelsen følger av forarbeidene til helsepersonelloven.¹⁰² Det følger også naturlig av helsepersonells oppgaver og den autorisasjon de er gitt jf. hlspl. §§ 48 og 49, og av plikten til å yte øyeblikkelig hjelp i hlspl. § 7. Å drive helsehjelp er ikke begrenset i tid og sted. Dersom en lege er først på et ulykkessted yter legen helsehjelp ved å hjelpe de skadde. Derimot yter vedkommende ikke helsehjelp hvis han stiller seg opp for å dirigere trafikken.

¹⁰⁰ Ibid s. 63

¹⁰¹ Ibid s. 20

¹⁰² Ot. Prop. Nr. 13 (1998-1999) s. 213

Pasientrettighetsloven gjelder for alle som oppholder seg i riket, jf. pasrl. § 1-2. De fleste rettighetene som loven gir, gjelder den som etter § 1-3 bokstav a er definert som «pasient». Med pasient menes: «[E]n person som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helse- og omsorgstjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle». Helse- og omsorgstjenester omfatter spesialisthelsetjenesten og private tilbydere av helse- og omsorgstjenester, jf. § 1-3 bokstav d. I forarbeidene til pasientrettighetsloven sies det om definisjonen av begrepet helsehjelp at «begrepet helsehjelp angir den *ytre rammen* for i hvilke situasjoner lovens rettigheter kan gjøres gjeldende» (min utheving).¹⁰³ Dette tilsier at inngrep som ikke kan anses som helsehjelp faller utenfor lovens anvendelsesområde.

Om anvendelse av de to helselovene i forhold til omskjæringsloven, sies det i forarbeidene til omskjæringsloven at «[n]år det gjelder rituelle omskjæringer som blir utført innenfor den private og offentlige helse- og omsorgstjenesten av helsepersonell, legger imidlertid departementet til grunn at personellet som hovedregel vil være underlagt helselovgivningen.»¹⁰⁴ Departementet vil altså unnta omskjæring fra begrepet «helsehjelp» og samtidig la inngrepet som hovedregel være underlagt helselovgivningen. Dette er tilsynelatende motstridende etter det som er drøftet over. Det kan virke som om departementet ikke har vært bevisst på følgene av å unnta omskjæring fra helsehjelp-begrepet. Det har formodningen mot seg at man bevisst ville begrense de to helselovenes virkeområde helt, når den i omskjl. § 3 har gitt de anvendelse «så langt de passer».

Hvis utsagnene i forarbeidene til omskjæringsloven skal tillegges vekt, vil det gi motstrid mellom omskjæringsloven og helselovene. En slik motstrid mellom lover må løses av hensyn til samvirke i rettssystemet.¹⁰⁵ Sakens kjerne er imidlertid om omskjl. § 3 (2) må tolkes i tråd med forarbeidene til loven slik at den begrenser forholdet til helsepersonelloven og pasientrettighetsloven til å ikke omfatte helsehjelp. Eller om den må tolkes i samsvar med andre lovers virkeområde, jf. jf. hlspl. § 2, og de to lovenes definisjoner av begrepet «helsehjelp» jf. hlspl. § 3 (3) og pasrl. § 1-3 bokstav c.

Forarbeidene kan sees på som et uttrykk for lovgiverviljen og er dermed et sterkt moment for å gi forarbeidene stor vekt.¹⁰⁶ Denne lovgiverviljen har gjennomgått Stortingets demokratiske kontroll og er således også et uttrykk for den politiske vilje. I vårt tilfelle er ikke bare loven ny, men vi står også overfor et tidligere uregulert og omstridt tema. I tillegg må man ha tillitt

¹⁰³ Ot.Prop Nr. 12 (1998-1999) s. 36

¹⁰⁴ Prop. 70 L (2013-2014) s. 63

¹⁰⁵ Eckhoff (2001). s. 337-338

¹⁰⁶ *ibid.* s. 71

til at lovkonsipistene har kunnskap på området. Dette taler, etter min mening, for å legge stor vekt på forarbeidene.

Likevel er forarbeidene rettskildemessig av mindre vekt enn formelle lover.¹⁰⁷ Hensynet til rettsharmoni og samvirke mellom lover¹⁰⁸ taler for å legge mindre vekt på forarbeidene til omskjæringsloven til fordel for de to helselovenes bestemmelser om anvendelsesområde.

Konklusjonen er dermed at forholdet til helsepersonelloven og pasientrettighetsloven bør løses ved tolkning av lovtekstene og at forarbeidenes uttalelser om begrepet «helsehjelp» ikke kan vektlegges. De aktuelle bestemmelsene må da bero på en tolkning av ordlyden i omskjl. § 3 (2) om at de to helselovene skal få anvendelse «så langt de passer».

Når det gjelder pasientrettighetsloven kapittel 2, er dette helt unntatt fra å gjelde ved omskjæring av gutter jf. omskjl. § 3 (2) annet punktum. Pasientrettighetsloven kapittel 2 er «rettighetskapittelet» i helsepersonelloven. Det vil si at det er disse bestemmelsene som gir pasienter rettskrav på helsehjelp. Det fremgår av forarbeidene til omskjæringsloven at prioritering av helsetjenester var en viktig årsak til å ikke la kapittelet få anvendelse ved omskjæring. Man ønsket ikke at inngrepet skulle prioriteres foran andre helsetjenester.¹⁰⁹ Derfor er pasrl. kap 2 direkte unntatt i omskjl. § 3 (2) annet punktum. I pasientrettighetsloven er det gitt adgang til å unnta visse inngrep fra å være såkalte «prioriterte» inngrep, jf. pasrl. § 2-1 a (5) og § 2-1 b (6).

Det bør være klar lovhjemmel for å begrense rettigheter for enkeltmennesket som er gitt i lov, jf. legalitetsprinsippet. Det er gitt klar lovhjemmel når det gjelder begrensningen av kapittel 2 i pasientrettighetsloven. De øvrige bestemmelsene i pasientrettighetsloven er det, jf. diskusjonen over, ikke gitt slik klar lovhjemmel for å begrense. Imidlertid er ikke disse bestemmelsene nødvendigvis av en slik karakter at de ikke kan begrenses foruten ved klar lovhjemmel.

4.3.1.1 Kompetanse til å utføre inngrepet

Etter omskjl. § 5 (1) er det leger som har kompetanse til å utføre inngrepet. Etter annet ledd skal også en lege stå ansvarlig når «en annen» utfører omskjæring. Det følger av omskjl. § 3 (2) at helsepersonelloven skal få anvendelse «så langt de[n] passer.»

¹⁰⁷ Eckhoff (2001) s. 83 med presisering av Helgesen om at hovedregelen er at lovteksten gis fortrinnsrett.

¹⁰⁸ *ibid.* s. 333

¹⁰⁹ Prop. 70 L (2013-2014) s. 64

En lege får sin autorisasjon etter helsepersonelloven og er underlagt loven også utenfor helse- og omsorgstjenesten jf. hlspl. § 3 jf. § 2. Helsepersonelloven kommer derfor til anvendelse for legen, enten han utfører omskjæringen selv, eller står ansvarlig når en annen utfører inngrepet.

At helsepersonelloven kommer til anvendelse for legen betyr at han blant annet må utføre sitt arbeid på en faglig forsvarlig måte, jf. hlspl. § 4. Denne paragrafen sikrer at hjelpen som ytes blir gjort i samsvar med faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp. Forsvarlighetskravet i § 4 er en rettslig standard og en minstestandard.¹¹⁰ Begrunnelsen for standarden er hensynet til pasientene, og helsepersonell kan bli erstatningsrettslig eller strafferettslig ansvarlig ved å bryte forsvarlighetsstandarden.¹¹¹ For gutten som skal omskjæres innebærer det at forsvarlighetskravet i hlspl. § 4 kommer til anvendelse en viktig rettssikkerhetsgaranti.

Helsepersonelloven kommer imidlertid ikke direkte til anvendelse for den «andre» som utfører omskjæring etter omskjl. § 5(2). Denne er ikke helsepersonell og omfattes derfor ikke av helsepersonelloven, jf. hlspl. § 3, jf. § 2. Det overordnede spørsmålet er om det kan stilles noen krav til kompetansen til den «andre» som utfører omskjæring jf. omskjl. § 5 (2) og om rettssikkerheten for gutten er ivaretatt.

Omskjæringsloven stiller ingen krav til kvalifikasjoner for den «andre» som skal utføre omskjæring. Det følger av forarbeidene at bestemmelsen ble vedtatt fordi man ville respektere jødernes tradisjon med å la en Mohel utføre inngrepet.¹¹² Loven inneholder heller ikke noe krav om at vedkommende må være Mohel. I prinsippet kan derfor hvem som helst utføre omskjæringen så lenge en lege er tilstede, og står ansvarlig for inngrepet.

En Mohel har ofte erfaring med omskjæring og er gjerne spesielt trent for dette. Det fremgår av omskjæringslovens forarbeider at man ved omskjæring i Norge bruker én spesiell Mohel tilkalt fra Storbritannia som er spesielt trent.¹¹³ At denne Mohel eventuelt innehar spesielle kvalifikasjoner kan likevel ikke bety at man i lovverket ikke må ta stilling til den generelle kompetansen for andre som skal kunne foreta omskjæring. Loven kan ikke baseres på at samme Mohel, eller en Mohel med samme kvalifikasjoner, vil bli benyttet i fremtidige tilfeller.

I helsepersonelloven er det gitt adgang til å benytte medhjelpere i arbeidet, jf. § 5. Etter denne bestemmelsen er en lege ansvarlig for å «vurdere oppgavens art, personellens kvalifikasjoner

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 37

¹¹¹ Jf. Kjønsstad (2007) s. 225

¹¹² Prop. 70 L (2013-2014) s. 53

¹¹³ *ibid.* s. 15

og den oppfølging som gis» når han eller hun overlater bestemte oppgaver til medhjelper. Siden helsepersonelloven kommer til anvendelse for leger, og fordi denne gjelder «så langt de[n] passer» jf. omskjl. § 3 (2), kan vi stille spørsmål ved om en «annen» som utfører omskjæring kan anses som en medhjelper etter hlspl. § 5.

Ordlyden i hlspl. § 5 kan tale for at medhjelpere ikke trenger å være helsepersonell i den forstand at de er autorisert etter hlspl. § 3 (1). Dette fordi medhjelperen i § 5 er omtalt som «personell», mens resten av loven gjennomgående benytter «helsepersonell». Det kan spørres om dette er en språklig forenkling eller en bevisst formulering. Tatt i betraktning at loven for øvrig er meget konsis når det gjelder å benytte begrepet helsepersonell kan det tale for at formuleringen er bevisst. Dette taler igjen for at loven åpner for bruk av medhjelpere som ikke selv er helsepersonell, og at en «annen» som utfører omskjæring kan omfattes av medhjelperregelen.

Personell som yter helsehjelp i form av faglige råd, som for eksempel apotekansatte, skal også omfattes av loven, jf. hlspl. § 3 (1) nr. 2 jf. (3). Den er derimot avgrenset mot at renholdspersonell og transportarbeidere skal omfattes, fordi disse ikke har kontakt med pasienter.¹¹⁴ Dette kan tyde på en naturlig avgrensning mot de som ikke har fysisk kontakt med pasienten. I tilfelle med en «annen» som foretar omskjæring er det derimot slik at disse har direkte kontakt med guttene som skal omskjæres. Vedkommende utfører inngrepet direkte på guttens kropp, på samme måte som en lege. I forarbeidene til helsepersonelloven sies det om definisjonen av «medhjelper» at den er begrunnet i behovet for å la helsepersonell, som ikke tilhører en gruppe som er autorisert, omfattes av loven og dermed reglene om forsvarlighet, taushetsplikt osv. «Utvidelsen [av definisjonen av begrepet helsepersonell i forhold til tidligere rett] innebærer at alt personell som yter helsehjelp omfattes av loven slik at lovens hovedformål om pasientsikkerhet kan oppnås. Forutsetningen er at personellet er ansatt i helsetjenesten.»¹¹⁵

Selv om en medhjelper ikke trenger å være autorisert, kreves det at medhjelperen er *ansatt* i helsetjenesten, noe en Mohel eller annen person som skal utføre omskjæring ikke nødvendigvis er. På grunnlag av det som her er drøftet, blir konklusjonen at en «annen» i omskjl. § 5 (2) ikke kan anses som en medhjelper etter hlspl. § 5.

Spørsmålet blir da hvilken betydning det har for guttenes rettssikkerhet at det ikke er gitt noen krav til kvalifikasjonene til «andre» som utfører omskjæring, jf. omskjl. § 5 (2).

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 215

¹¹⁵ *ibid.* s. 214

At den kompetansen til å utføre omskjæring ikke er begrenset i større grad, kan gå ut over guttenes helsemessige trygghet. Selv om en lege står ansvarlig, er det jo den andre sin hånd som utfører inngrepet. Inngrepet foretas på kroppen, på et ømfintlig område, og ofte ved bruk av skalpell eller lignende. Det ville være forholdsvis enkelt å foreta en lovfesting av visse kvalifikasjoner til den som skal utføre omskjæringen. Slik bestemmelsen er utformet, er det heller ingen krav om at vedkommende må være Mohel eller annen religiøs leder som har religiøse motiver. Dette åpner opp for at inngrepet kan tilbys med profitt som motiv, og ikke først og fremst religion, jf. omskjl. § 1.

I Sverige har man lovfestet krav til andre enn leger som skal kunne utføre omskjæring. Dette følger av den svenske «lag om omskärelse av pojker» § 5. Vedkommende som skal utføre omskjæring skal ha tillatelse gitt av den svenske Socialstyrelsen og kan ikke utføre omskjæring på gutter som er eldre enn to måneder jf. § 5 (2). Også i tysk rett har man vedtatt at andre enn leger som utfører omskjæring må være kvalifisert og trenet for å utføre inngrepet, jf. BGB § 1631 d. Vedkommende kan bare utføre inngrepet i de første seks månedene etter at gutten er født.

Helse- og omsorgsdepartementets høringsnotat i forbindelse med utredelsen av den norske omskjæringsloven inneholdt forslag til to ulike lovmodeller for omskjæring. Lovmodell A innebar at inngrepet skulle utføres av lege, fortrinnsvis i forbindelse med fødsel, og at andre skulle kunne få tillatelse til å utføre inngrepet på gutter under to måneder. Lovmodell B innebar at leger skulle kunne utføre inngrepet, fortrinnsvis ved fødsel, og at det var straffbart for andre enn leger å foreta inngrepet.

I forslaget til lovmodell A var det krav om at «andre» som skulle utføre omskjæring måtte ha særskilt tillatelse fra Helsedirektoratet. En slik tillatelse skulle gis på nærmere vilkår. Slike vilkår var at vedkommende var foreslått av trossamfunnet, at han var faglig kvalifisert eller kunne dokumentere tilstrekkelig erfaring og kunne fremlegge politiattest.¹¹⁶

I Prop. 70 L (2013-2014) vurderte imidlertid departementet det dithen at lovmodell A ville bli for «byråkratisk» og «oppfattes som overdrevent» for de få antall fødslene årlig som dette ville gjelde.¹¹⁷ Derfor vedtok departementet lovmodell B, men med en åpning for at også andre skulle kunne utføre inngrepet. Denne utvidelsen av lovmodell B ble imidlertid vedtatt uten de begrensningene som var tiltenkt etter lovmodell A. Den løsning som ble valgt etter at lovforslaget hadde vært på høring, ble dermed en hybrid av de to foreslåtte modellene med det

¹¹⁶ Helse- og omsorgsdepartementet (2011) s.84-88.

¹¹⁷ Prop. 70 L (2013-2014) s. 49

resultatet at det ikke følger noen begrensinger for kompetansen til «andre» som skal utføre omskjæring, annet enn at en lege må stå ansvarlig. En annen konsekvens av dette er at de høringsinnspill som kom i høringsrunden er basert på de to ulike modellene som sto ganske langt fra hverandre når det gjaldt hvor restriktive man skulle være i forhold til hvem som skulle kunne utføre inngrepet.

Sammenlikner man guttenes rettssikkerhet etter lovens vedtagelse med rettstilstanden forut, innebærer lovfestingen av at en lege skal utføre inngrepet eller stå ansvarlig, styrket rettssikkerhet for guttene.

Det er tvilsomt om det tidligere har vært adgang til at andre enn leger eller helsepersonell skal kunne utføre inngrep på kroppen. Et forbud for andre enn helsepersonell til å drive medisinske inngrep eller behandling finnes i Lov om alternativ behandling av sykdom mv. (alternativ behandlingsloven eller albhl.). Vilklårene i albhl. § 5 er imidlertid at inngrepet kan sies å være «medisinsk inngrep eller behandling» og at det medfører «alvorlig helserisiko.» Av forarbeidene til alternativ behandlingsloven følger det at blodprøvetaking anses som et inngrep med «alvorlig helserisiko» på grunn av faren for blødninger.¹¹⁸ Dette er også en risiko som omskjæring medfører, jf. punkt 2.2.3. Mer tvilsomt er det hvorvidt omskjæring kan anses som et «*medisinsk inngrep eller behandling*» (min utheving), jf. albhl. § 5, når formålet med omskjæringen er religiøst jf. omskjl. §1. I forarbeidene til omskjæringsloven sies det at omskjæring ikke er «helserelatert behandling» og at inngrepet dermed faller utenfor lovens virkeområde, jf. albhl. § 2 (3).¹¹⁹

4.3.2 Forsvarlig tilbud

At regionale helseforetak skal sikre et forsvarlig tilbud i spesialisthelsetjenesten, jf. omskjl. § 4, vil innebære at foreldre vil få tilgang til å få inngrepet utført i forsvarlige former. Dette styrker også guttenes rettssikkerhet. En hindring her kan være kostnadene. Ved lovforslaget ble det vurdert om utgiftene skulle dekkes av det offentlige. Det som talte for en slik løsning, var at foreldrene da ville oppsøke sykehus og ikke la uprofesjonelle utføre inngrepet. På den annen side ble det argumentert med at dekning av utgiftene innebar en prioritering av inngrepet til fordel for andre prioriterte helsetjenester.¹²⁰

Det følger av helse- og omsorgskomiteéns innstilling at partiene var uenige vedrørende spørsmålet om egenbetaling. Noen ønsket ikke at inngrepet skulle være belagt med egenandel,

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 27 (2002-2003) s. 131

¹¹⁹ Prop. 70 L (2013-2014) s. 23

¹²⁰ *ibid.* s. 59-60

andre ønsket 50 %, mens andre igjen ønsket full egenbetaling.¹²¹ Stortinget vedtok at det skulle kreves egenbetaling for inngrepet, men at departementet gjennom forskrift skulle bestemme størrelsen på egenandelen. En lovendring i spesialisthelsetjenesteloven om krav om egenbetaling ble derfor vedtatt.¹²² Departementets beregning av inngrepets kostnad var på 8400 kroner per inngrep.¹²³ I statsbudsjettet for 2015 er det vedtatt å bevilge 9,1 mill. kroner til dekning av rituell omskjæring i spesialisthelsetjenesten. Egenandelen for inngrepet skal være på 4000 kroner.¹²⁴ Inngrepet er dermed forholdsvis kostbart. Det kan derfor tenkes at noen fortsatt heller vil velge å få inngrepet utført utenfor spesialisthelsetjenesten. Det er også fullt lovlig, så lenge en lege står ansvarlig ved inngrepene. Det kan åpne seg et marked for leger til å tilby omskjæring til lavere pris enn i spesialisthelsetjenesten da noen foreldre antageligvis vil prioritere lavest mulig kostander med inngrepet. Det kan spørres om dette er i tråd med lovens formål om forsvarlig utførelse da man «straffer» de som vil ha inngrepet utført i spesialisthelsetjenesten. Her er det også et religiøst skille mellom de som vil ha inngrepet utført i sykehus og utenfor. Tilrettelegging av at «andre» skal kunne utføre inngrepet innebærer en viss favorisering av jødernes tradisjon. En annen side er at man har mindre kontroll med at inngrepet faktisk blir utført på forsvarlig måte, i samsvar med loven.

4.3.3 Smertelindring

I punkt 2.2.2 så vi at det ikke er omstridt at inngrepet er forbundet med smerte. En sprøyte med Dorsal Penile Nerve Block er ansett som mest effektiv, selv om dette heller ikke fjerner all smerte. Narkose kan brukes på noen barn, men er i seg selv forbundet med risiko.

Det er legen som må foreta vurderingen av hva slags smertelindring som skal gis. Det må være den ansvarlige lege som skal vurdere dette, da en «annen» ikke har nødvendige kvalifikasjoner for å gi smertelindring. Å gi smertelindring er å «yte helsehjelp» i helsepersonellovens forstand. Smertelindring har «forebyggende» og «pleiende» behandling og faller dermed inn under definisjonen av helsehjelp i hlspl. § 3 (3). Det fremgår av forarbeidene til omskjæringsloven at man forutsetter at smertelindring er en helsefaglig vurdering, og at helsepersonellovens forsvarlighetskrav, jf. hlspl. § 4, skal komme til anvendelse.¹²⁵

Det ville bidratt til økt rettssikkerhet for guttene dersom det hadde vært uttrykt i loven at å gi smertelindring er legens oppgave, og at slik behandling faller inn under helsepersonellovens regler. Dette kunne ført til en klarere oppgavefordeling mellom legen og en «annen» som kan

¹²¹ Innst. 290 L (2013-2014) s. 6

¹²² Prop. 70 L (2013-2014) s. 67

¹²³ *ibid.* s. 59.

¹²⁴ Prop. 1 S (2014-2015) s. 109

¹²⁵ Prop. 70 L (2013-2014) s. 65

utføre omskjæringen. I den svenske loven om omskjæring av gutter § 4 er det krav til at lege eller sykepleier utfører smertelindring.¹²⁶

Omskjæringsloven krever også at smertelindring gis etter inngrepet, jf. § 6. Dette er viktig da inngrepet innebærer at guttene kan få sår som gir smerte i ettertid. Sett hen til de ulike teknikker som benyttes, er det og viktig at guttene får riktig type smertelindring. Ved bruk av Plastibell-teknikken foregår avstøtingen av forhuden over flere dager, og smerte i forbindelse med dette må lindres. Foreldrene må informeres om mulighetene for at gutten vil føle smerte etter inngrepet.

4.3.4 Avsluttende vurdering av om rettssikkerheten er ivaretatt

Rettssikkerheten til guttene ivaretas ved at en lege skal utføre inngrepet, eller stå ansvarlig jf. § 5 (2). At helsepersonellovens regler dermed også kommer til anvendelse, vil medføre økt rettssikkerhet. Likevel åpner loven opp for at en «annen» kan utføre selve omskjæringen uten at det er gitt krav i loven til dennes kompetanse, noe som kan gå ut over guttens helsemessige trygghet.

Vedtagelse av regler om kompetanse for «andre» som skal utføre omskjæringen ville ha vært forholdsvis enkelt. En direkte henvisning til medhjelperregelen i hlspl. § 5 og krav om registrering slik at vedkommende kunne anses som helsepersonell i forbindelse med utføring av omskjæringen, ville bidratt til at helsemyndighetene kunne ha kontroll med kvalifikasjonene til forskjellige tilbydere av omskjæring. Her finnes det en mellomting mellom den for «byråkratiske» lovmodell A, og ingen form for løyve til å utføre omskjæring i det hele tatt.

Det svekker også rettssikkerheten at helsepersonelloven og pasientrettighetslovens anvendelsesområde ikke er bedre avklart. Slik det er uttrykt i omskjl. § 3(2) og forarbeidene, kreves det tolkning for å finne ut hvilke bestemmelser som skal komme til anvendelse. Manglende rettsenhet kan føre til at både jurister og helsepersonell får utfordringer med å forstå innholdet i den nye loven. Det er ikke lett å forstå hensikten med forarbeidenes forsøk på å begrense rettigheter i helsepersonelloven og pasientrettighetsloven. Videre er det få argumenter, utenom prioritering innenfor helse- og omsorgstjenesten, som taler mot at pasientrettighetsloven og helsepersonelloven skal få anvendelse på omskjæring som inngrep.

¹²⁶ Lag 2001: 449 § 4

5 Rettssikkerhet i forbindelse med samtykke

5.1 Samtykke

5.1.1 Samtykke som rettsgrunnlag

Samtykke fra foreldrene er en forutsetning for å kunne foreta omskjæring på gutter under 18 år, jf. omskjl. § 8.

At samtykke kreves for å utføre inngrep på kroppen, er et sikkert utgangspunkt i norsk rett. På helserettens område er dette lovfestet i pasientrettighetsloven § 4-1 «Helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke.» Bakgrunnen for dette er at individet har full bestemmelsesrett i forhold til sin frihet, helse og liv.¹²⁷

Kravet til samtykke for inngrep er ikke begrenset til å gjelde i helseretten. Også på forvaltningsrettens område er samtykke et gyldig grunnlag for myndighetene til å gripe inn i borgerens rettssfære, likevel slik at det som oftest også kreves hjemmel i lov jf. legalitetsprinsippet.¹²⁸ I privatretten er autonomi også et helt sentralt utgangspunkt. Dette danner grunnlag for kontraktsfriheten, og innebærer at den enkelte selv kan beslutte om han vil binde seg. Autonomi er en grunnleggende forutsetning i hele rettssystemet.¹²⁹

I straffeloven er enkelte bestemmelser ment å verne særskilt om den fysiske integriteten til mennesket. Det er straffebestemmelsene om drap og skade på legeme og helbred som danner dette vernet. Et samtykke kan likevel gjøre at en skade på legemet kan bli straffriende. Det følger av strl. § 235 at «Straf efter §§ 228 og 229 kommer ikke til Anvendelse, naar Handlingen er foretaget med nogen, som deri har samtykket.» Begrunnelsen for dette er at straffereglene hviler på en forutsetning om at noens interesser er krenket.¹³⁰ Dersom vedkommende samtykker kan det ikke sies at personens interesser er krenket. Derfor faller ikke medisinsk behandling inn under straffelovens regler når pasienten har gitt sitt samtykke.¹³¹

5.1.2 Krav til gyldig samtykke

For å være gyldig må samtykket være gitt i riktig form og det må dekke innholdet av den handlingen som faktisk skal utføres. I tillegg må det være gitt av riktig person. Aslak Syse

¹²⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 76

¹²⁸ Eckhoff (2010) s. 373-374

¹²⁹ Woxholt (2009) s. 78

¹³⁰ Eskeland (2013) s. 277

¹³¹ Andenæs (2008) s. 111

omtaler dette som henholdsvis prosessuell, materiell og personell kompetanse.¹³² Samtykket er i realiteten en viljeserklæring som må følge avtalelovens regler. Samtykke kan for eksempel ikke gis ved tvang eller svik jf. avtaleloven §§ 28 til 30.¹³³

De generelle reglene om samtykke i norsk rett, er basert på avtale- og forvaltningsrettslige regler og har derfor et videre anvendelsesområde enn bare helserettslig. Jeg legger derfor til grunn at teorien vil gjelde for samtykke etter omskjæringsloven, uavhengig av om man ser samtykkereglerne i en helserettslig eller strafferettslig kontekst.

Det er et alminnelig prinsipp at det stilles strengere krav til samtykke, jo mer alvorlig og risikofylt et inngrep er.¹³⁴ Formkravet til samtykket blir deretter. I helseretten kan det være nok med uttrykkelig eller stilltiende samtykke når det er tale om vanlige helsetjenester, jf. pasrl. § 4-2.

Den materielle kompetansen går ut på at vedkommende bare kan samtykke til noe det er rettslig adgang til å samtykke til. Det er for eksempel ikke mulig å gi samtykke til at legen skal ta ens liv, fordi dette ikke er tillatt i norsk rett. I tillegg må samtykket dekke den handling det skal samtykkes til.¹³⁵ Hvis det for eksempel er gitt samtykke til en plastisk neseoperasjon, kan ikke legen operere andre deler av ansiktet til pasienten.

Samtykke må være gitt av den som har kompetanse til å samtykke til at handlingen skal kunne utføres – personell kompetanse.¹³⁶ I de fleste tilfeller innenfor helseretten er dette pasienten selv. Dette følger av pasientautonomien og retten til å bestemme over egen kropp. Det kreves videre at personen har formell rettshandelsevne, noe de fleste over 18 år har. For barn, derimot, er avgjørelsesmyndigheten for barn lagt til foreldre eller de med foreldreansvaret, jf. § 4-4. Det kreves og at vedkommende forstår hva han eller hun samtykker til slik at vedkommende kan fatte en beslutning på det riktige grunnlag. Dette kalles informert samtykke. Når barnet ikke har selvbestemmelsesrett, er det foreldre som må få informasjon for å foreta beslutninger på barnets vegne. Det finnes imidlertid andre regler som sikrer barn selvstendig rett til informasjon.

¹³² Syse (2004) s. 292-293

¹³³ I.c.

¹³⁴ Aasen (2000) s. 272

¹³⁵ Syse (2004) s. 293

¹³⁶ I.c.

5.2 Samtykke som vilkår i omskjæringsloven

5.2.1 Foreldrenes avgjørelsesmyndighet

Det følger av omskjl. § 8 (1) at «rituell omskjæring av gutter under 18 år kan bare utføres etter samtykke fra den eller de som har foreldreansvaret for gutten».

Det er «den eller de som har foreldreansvaret» som kan fatte en beslutning om omskjæring av gutten. Avgjørelser om medisinske spørsmål faller inn under foreldrenes avgjørelsesmyndighet.¹³⁷ Det kan spørres om lovgiver har ment at det skal være tilstrekkelig med samtykke fra én av foreldrene, eller om ordlyden er ment også å dekke de tilfellene der det kun er én forelder som har foreldreansvaret. Ordningen i pasientrettighetsloven er at begge foreldrene i utgangspunktet må samtykke jf. pasrl. § 4-4, men slik at det i annet ledd er tilstrekkelig at én av foreldrene samtykker når det er tale om helsehjelp som regnes som «ledd i den daglige og ordinære omsorgen for barnet». Pasientrettighetsloven skal få anvendelse «så langt de[n] passer», jf. omskjl. § 3 (2). Det er imidlertid presisert i forarbeidene til omskjæringsloven at avgjørelsen om omskjæring ikke skal sees på som et ledd i den daglige omsorgen for gutten, men at begge foreldrene må samtykke til omskjæring.¹³⁸ Et gyldig samtykke forutsetter derfor samtykke fra begge foreldrene.

Foreldrenes avgjørelsesmyndighet er begrenset ved at gutten kan nekte å la seg omskjære jf. § 8 (2) siste punktum. Dette skal undersøkes nærmere i punkt 5.2.4.

5.2.2 Rett til informasjon

Rett til informasjon er en nødvendig forutsetning for å avgi gyldig samtykke. Det fremgår av premissene for personell kompetanse som diskutert over. Vedkommende må vite hva han eller hun samtykker til. Det følger av omskjl. § 7 at informasjon om inngrepet skal gis. Denne informasjon skal gis til foreldrene, men også gutten «dersom han har oppnådd en alder og modenhet som er nødvendig for å forstå informasjonen.» Kravet til at det må foreligge informert samtykke vil da oppfylles.

I § 7 henvises det uttrykkelig til § 10 i hlspl, som igjen viser til pasrl. §§ 3-2 til 3-4. Det er interessant at lovgiver akkurat her har funnet behovet for å presisere forholdet til helsepersonelloven. Helsepersonellets plikt til å gi informasjon jf. hlspl. § 10 vil uansett følge legen, om han utfører inngrepet eller står ansvarlig. Som tidligere presisert, i punkt 1.4.2.2 og 3.3.1, gjelder helsepersonelloven for helsepersonell uavhengig av hvor vedkommende utfører sine oppgaver. Bestemmelsen om informasjon i omskjl. § 7 får derimot selvstendig betydning for

¹³⁷ Ot.prop. nr. 56 (1996-1997) s. 39

¹³⁸ Prop. 70 L (2013-2014) s. 57

andre enn leger som utfører omskjæring. Selv om vedkommende ikke er helsepersonell kan han eller hun gi den informasjon som gutten trenger om inngrepet.

5.2.3 Gutten skal ha rett til å bli hørt

Det følger av omskjl. § 8 (2) at «[g]utter som er i stand til å danne seg egne synspunkter skal ha rett til informasjon om inngrepet og gis anledning til å si sin mening. Det skal legges behørig vekt på guttens mening i samsvar med alder og modenhet.»

Retten til informasjon er her gjentatt. Den gjelder, etter ordlyden i denne bestemmelsen, for de gutter «som er i stand til å danne seg egne synspunkter». I omskjl. § 7 gjelder retten til informasjon «dersom gutten har oppnådd en alder og modenhet som er nødvendig for å forstå informasjonen». Det kan spørres om det er nødvendig å gjenta retten til informasjon i § 8, all den tid gutten uansett har krav på informasjon etter § 7. Det må i så fall være dersom en gutt ikke har oppnådd en «alder og modenhet som er nødvendig for å forstå informasjonen» jf. § 7, men er «i stand til å danne seg egne synspunkter», jf. § 8. Uansett går pasrl. § 3-4, som det er henvist til via hlspl. § 10 i omskjl. § 7, lenger i å gi rett til informasjon. Den gir rett til informasjon til pasienter under 16 år, uansett alder, krav på informasjon om inngrepet og sin helse-tilstand.¹³⁹ Det er underlig at det her ikke samtidig er vist til pasrl. § 3-5 (1) og (2) som gir rett til informasjon som er tilpasset alder og modenhet og en plikt for helsepersonellet til å sikre seg om at vedkommende forstår informasjonen. Videre kan det spørres hvorfor det kreves at gutten skal være i stand til å danne seg egne synspunkter før han har rett til informasjon etter § 8 (2). Også mindre gutter kan forstå informasjon, selv om de ikke kan ta stilling til sine egne standpunkter. Slik jeg ser det kan og bør en gutt motta informasjon fra han er ganske liten, mens det vil kreve mer modenhet å kreve at han danner seg sine egne synspunkter.

Når det gjelder retten til å si sin mening, jf. omskjl. § 8 (2), kreves det at gutten er i stand til å danne seg egne synspunkter. Etter annet punktum har han også krav på å bli hørt med sine meninger, i samsvar med alder og modenhet. Her kreves igjen en vurdering av guttens alder og modenhet. Denne vurdering skiller seg fra vurderingen i § 7 ved at den inntreer først når det kan fastslås at gutten er i stand til å danne seg egne synspunkter. Altså er utgangspunktet for modenhetsvurderingen forskjellig fra i § 7.

5.2.4 Gutten kan ikke omskjæres mot sin vilje

I omskjl. § 8 i.f. er gutten gitt en rett til å nekte for inngrepet. Det fremgår ikke av bestemmelsen hva som skal anses som nekting fra guttens side, eller ved hvilke alder guttens nektingsrett skal inntre. Bestemmelsen må antageligvis tolkes i sammenheng med setningen foran om

¹³⁹ Syse (2004) s. 254

at guttens mening skal vektlegges i samsvar med alder og modenhet. Vurderingen av om gutten skal ha rett til å nekte er lagt til den som skal utføre omskjæring, i og med at overtredelse av § 8 er belagt med straff jf. § 9.

5.2.5 Straffansvar

Omskjæringsloven har en egen straffebestemmelse i § 9. Det fremgår av § 9 at den som «forsettlig eller uaktsomt overtrer lovens §§ 5-8, eller bestemmelser gitt i medhold av § 3, straffes». Ansvarsgrunnlaget er forsett eller uaktsomhet. Det holder med overtredelse av én av bestemmelsene i §§ 5-8. Vedkommende utfører for eksempel omskjæring uten at det foreligger samtykke fra foreldrene jf. § 8, eller utfører omskjæring uten nødvendig smertelindring jf. omskjl. § 6. Strafferammen er bøter eller fengsel i inntil tre måneder for leger, og bøter eller fengsel i inntil to år for andre, jf. § 9.

5.3 I hvilken grad er rettssikkerheten ivaretatt?

5.3.1 I hvilken grad er guttene sikret medbestemmelsesrett?

Det følger av omskjæringsloven § 8 at foreldrene må respektere guttens rett til å si sin mening, og få gradvis økt medbestemmelse. Spørsmålet er om dette er i samsvar med barnelova § 31 og barnekonvensjonen art. 12.

Omskjæringsloven gir ingen aldersgrense for når gutten må ha rett til å bli hørt, i motsetning til barnelova § 31(2) som gir en slik rett fra fylte 7 år har barnet en slik rett, men også i yngre alder «dersom det da er i stand til å danne seg egne synspunkt». Videre skal det fra 12 år legges «stor vekt» på guttens mening. I omskjl. § 8 (2) annet punktum presiseres det at guttens meninger skal tillegges «behørig» vekt i samsvar med alder og modenhet.

Det kan spørres hvorfor lovgiver har valgt å operere med en annen vektlegging av guttens meninger enn det som følger av barnelova. Av hensyn til rettsenhet burde man holdt seg til barnelova vektlegging etter ulike alderstrinn. Det er mulig at lovgiver anser omskjæring som et inngrep der barns mening bør få mye å si jf. uttrykket «behørig».

Det virker mer nærliggende at lovgiver har valgt å ta utgangspunkt i barnekonvensjonen art. 12 ved utformingen. Bestemmelsen fastslår at barnets meninger skal tillegges «behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet». Dette støttes og av at Barnekomitéen har frarådet å gi spesielle aldersgrenser i forbindelse med retten til å bli hørt.¹⁴⁰ At enkelte land likevel opererer med bestemte aldersgrenser er likevel akseptert så lenge det ikke innebærer noe hinder for yngre barn også å bli hørt.¹⁴¹ Tatt i betraktning barnekonvensjonens forrang i norsk rett, jf. mnskrl. § 3, må omskjæringslovens overensstemmelse med barnekonvensjonen derfor materielt sett være mest riktig. En slik overensstemmelse bidrar til rettssikkerhet for gutten.

At pasientrettighetsloven opererer med medbestemmelsesrett først ved fylte 12 år, jf. pasrl. § 4-4 (4), må derfor få redusert betydning. Pasientrettighetsloven skal komme til anvendelse «så langt de[n] passer» jf. omskjl. § 3(2). FNs barnekomité har i sine avsluttende merknader i 2010 kritisert Norge for denne aldersgrensen. Komiteen mener at det ikke er fullt ut i samsvar med medbestemmelsesretten i barnekonvensjonen art. 12 at aldersgrensen vedrørende helse-spørsmål er 12 år.¹⁴²

¹⁴⁰ FNs Barnekomité, General Comment no. 12 avsnitt 21

¹⁴¹ FNs Barnekomité, Days of General Discussion, The Right of the Child to be Heard, avsnitt 51.

¹⁴² Concluding observations: Norway (2010) avsnitt 24

I artikkelen «Barns rett til medvirkning på helserettens område» påpeker Aslak Syse den dårlige harmonien mellom pasient- og brukerrettighetsloven og barnelova.¹⁴³ Manglende rettsenhet vil også få betydning for barn som skal få sine avgjørelser tatt etter omskjæringsloven, da ulike rettsanvendere kan bli i tvil om hvilket regelsett som skal anvendes. Helsepersonell har nødvendigvis heller ikke forutsetninger for å vite om innholdet i lover utenfor helserettens område.¹⁴⁴ Lasse Warberg omtaler rettsliggjøringen som foregår på helserettens område. Et av hans argumenter er at reglenes kompleksitet, mengde og mulige uklarhet kan virke mot sin hensikt og bidra til svekket rettssikkerhet.¹⁴⁵

Guttenes rettssikkerhet er ivaretatt ved at omskjl. § 8 (2) sikrer gutten rett til medbestemmelse i samsvar med alder og modenhet. At bestemmelsen er i tråd med barnekonvensjonen art. 12 og Grunnloven § 104 bidrar også til økt rettssikkerhet.

5.3.2 Er guttens rett til integritet ivaretatt?

5.3.2.1 *Selvbestemmelsesrett*

Det følger av barnelova § 33 at barnet skal gis stadig større selvbestemmelsesrett av foreldrene. Barnekonvensjonen har ingen tilsvarende regel som gir barnet selvstendig beslutningsmyndighet. Begrunnelsen for selvbestemmelsesretten er at barnet har godt av å utvikles til å bli mer selvstendig og at det er holdningsskapende.¹⁴⁶ Når barnet har nådd myndighetsalder, jf. vgml. § 8, vil det ha full selvbestemmelsesrett.

Adgangen til å gi barn selvbestemmelse må vurderes i forhold til foreldrenes plikter etter foreldreansvaret. Foreldrenes ansvar er basert på omsorg og forsørgelse, jf. bl. § 30. At foreldrene tar avgjørelser på barnets vegne er begrunnet i at et barn ikke har nådd det utviklingstrinn psykisk eller den modenhetsgrad som kreves for å ha forståelse for egen situasjon.¹⁴⁷ Selvbestemmelsesretten er dermed ikke aktuell for de yngste guttene. Spørsmålet her er om det ville styrket guttenes rettssikkerhet om de fikk selvbestemmelsesrett før fylte 18 år.

Den helserettslige myndighetsalder er i de aller fleste tilfeller 16 år, jf. pasrl. § 4-3 bokstav b. Det er imidlertid gitt en «særskilt lovbestemmelse» i omskjl. § 8, jf. pasrl. § 4-3 (1) bokstav a, for at foreldrene skal ha beslutningsmyndighet for omskjæring til barnet er 18 år. Departementet vurderte hvorvidt alderen for selvbestemmelse for omskjæring skulle være lik den helserettslige myndighetsalder på 16 år. Hensyn som talte for dette var at en gutt på 16 år

¹⁴³ Syse (2014) s. 175-176.

¹⁴⁴ *ibid.* s. 176

¹⁴⁵ Warberg (2011) s. 41

¹⁴⁶ Jf. Ot.prp.nr. 62 (1979-1980) s. 20

¹⁴⁷ Aasen (2000) s. 559

normalt sett er i stand til å ta avgjørelser som gjelder egne helse, og at foreldremyndigheten strekkes langt hvis foreldrene skal ha beslutningsmyndighet frem til fylte 18 år. På den annen side ble det anført at inngrepet er irreversibelt og forbundet med risiko og smerte slik at inngrepets art tilsier at en 16 åring ikke bør kunne ha myndighet til å la seg omskjære uten foreldrenes samtykke.¹⁴⁸

Selvbestemmelsesretten og rettssikkerheten for guttene må vurderes i forhold til to ulike situasjoner. For det første der foreldrene ønsker omskjæring, og guttene ikke ønsker. I denne situasjonen sikres gutten ved at han har en nektingsadgang i osmkjl. § 8 (2) siste punktum (se oppgavens punkt 5.3.2.2.). For det andre kan situasjonen være at gutten selv ønsker inngrepet, men foreldrene ikke ønsker det. Hensynet til foreldrenes beskyttelse mot at gutten skal kunne komme til å ta feil valg tilsier at en 18 års aldersgrense er til guttenes beste. På den annen side er ikke beslutning om omskjæring noe «større» beslutning enn de fleste inngrep som omfattes av myndighetsalderen. I forarbeidene begrunnes imidlertid 18 års grensen i at risiko og smerte forbundet med inngrepet, samt at det er irreversibelt. Det er underlig at dette argumentet får større gjennomslagskraft for barn som er 16-18 år, enn for barn som er for små til å ta vare på seg selv. Slik jeg ser det, er det ikke større grunn til å beskytte en 16 åring mot inngrepet, enn en toåring.

At aldersgrensen for beslutning om omskjæring er 18 år, innebærer at han får mindre frihet til selvbestemmelse enn det som følger av øvrig regelverk, hovedsakelig barneloven og pasientrettighetsloven.

5.3.2.2 Guttens adgang til å nekte for inngrepet

Omskjæring kan ikke utføres mot guttens vilje, jf. § 8 (2) tredje punktum. Det er den som skal utføre omskjæringen som må forsikre seg om at gutten ikke nekter. Dette følger av at overtredelse av bestemmelsen er belagt med straff jf. § 9. Den vil også gjelde for foreldrene i lys av deres plikter under foreldreansvaret til å ta avgjørelser ut i fra barnets interesser jf. § 30 og til å respektere barnets medbestemmelses- og selvbestemmelsesrett jf. bl. §§ 31 og 32.

Spørsmålet er så når et barn må kunne anses å være nektingskompetent og på hvilken måte gutten skal kunne nekte.

Spedbarn kan av naturlige grunner ikke gi uttrykk for sin vilje.¹⁴⁹ Dette innebærer at nektingskompetansen ikke vil ha noen reell verdi for de aller minste guttene. Forarbeidene gir

¹⁴⁸ Prop. 70 L (2013-2014) s. 56-57

¹⁴⁹ I.c.

ingen klare holdepunkter for når en gutt skal kunne anses nektingskompetent. Det sies heller ikke noe om på hvilken måte en gutt skal kunne nekte. Det som uttrykkes om § 8 (2) tredje punktum, er: «Bestemmelsen antas særlig å ha betydning i de tilfellene hvor omskjæring skal gjennomføres etter at gutten har nådd en slik alder at han kan redegjøre for sin oppfatning for eller mot inngrepet. Dersom gutten i disse tilfellene motsetter seg inngrepet kan det ikke gjennomføres.»¹⁵⁰

At gutten skal ha oppnådd en slik alder at han kan redegjøre for sin oppfatning taler for å se hen til bl. § 31 (2) om medbestemmelse ved tolkning av nektingsbestemmelsen. Aldersgrensen ved medbestemmelsesretten er 7 år, likevel slik at også yngre barn som kan danne seg egne synspunkt har denne retten, jf. § 31 (2). Dette taler for at en gutt som er 7 år i alle fall har en adgang til å nekte å få inngrepet utført.

Spørsmålet blir så hva bestemmelsen skal ha å si for de som er yngre enn 7 år. Det er mulig at bestemmelsen må tolkes slik at man ser på de barna som ikke er i stand til å danne seg egne synspunkter, ikke kan gi uttrykk for sin vilje og at de derfor ikke omfattes av nektingskompetansen. Språklig sett er dette likevel ikke det samme som å si at gutten ikke har vilje, jf. bestemmelsens ordlyd.

Et barn som skal gjennomgå omskjæring kan naturlig nok være redd og prøve å motsette seg ved gråt og ved å vri seg unna eller lignende. Dette kan være et uttrykk for vilje, men det kan også være at gutten er redd for inngrepet og smerte. Barns vilje er også lett å påvirke, og de vil ofte være lojale mot sine foreldre.¹⁵¹ Det er dermed vanskelig å sikre seg mot at inngrepet egentlig blir gjort under press eller tvang fra foreldrene. I det hele synes bestemmelsen å være svært vanskelig å håndheve for den som skal utføre omskjæringen.

Nektingskompetansen er relativ og beror på en konkret vurdering av hvert enkelt barn. Den bør vurderes fra 7 års alder og gradvis legges økt vekt på i samsvar med alder og modenhet. Den innebærer økt rettssikkerhet for guttene. Regelen vil kunne kompensere for at de eldste guttene ikke har selvbestemmelsesrett.

5.3.2.3 Religionsfrihet og rett til familie- og privatliv

Frem til barnet når den religiøse myndighetsalder, er barnets rett til religionsutøvelse avledet av foreldrenes religionsutøvelse. Barnets religiøse identitet anses å være sammenfallende med

¹⁵⁰ ibid. s. 66

¹⁵¹ Köhler-Olsen (2013) s. 39

foreldrene frem til ungdomsalder hvor retten til selvbestemmelse trer inn. Frem til da har foreldrene kompetanse til å fatte avgjørelser hva gjelder barnas religiøse identitet.¹⁵²

I likhet med Köhler-Olsen mener jeg at barnets rett til religionsutøvelse ikke skal sees på som avledet av foreldrenes, men at barnet er en selvstendig innehaver av rett til tros- og livssynsfrihet.¹⁵³ Dette må også innebære retten til å velge egen religion, selv om dette er et omstridt tema på internasjonalt nivå jf. Van Buerens fremstilling av debatten rundt vedtagelsen av art. 14 i barnekonvensjonen.¹⁵⁴

Omskjæring er et inngrep som etterlater et religiøst merke på kroppen. Dette er irreversibelt. Et slikt merke kan påvirke guttens religiøse identitet både i barnealder og senere i livet. Det kan være negativt for gutten, dersom han ikke bekjenner seg til den samme religiøse tro og tradisjon som foreldrene. Det kan spørres om gutter, hvis foreldre venter med å ta beslutning om omskjæring til gutten selv er gammel nok til å velge å få utført inngrepet, vil oppleve ekskludering og mindre sosial tilhørighet blant familie og venner og kanskje mindre religiøs tilhørighet. Hvis det er tilfellet, taler i så fall dette taler for en økt vektlegging av foreldrenes interesser til fordel for guttens selvbestemmelse.

Spørsmålet blir om man skal vektlegge barnas beste ut i fra individets egen rett til selvbestemmelse, eller om man ser det som nødvendig å beskytte barnet fra stigmatisering fra eget sosialt og religiøst nettverk. Jeg mener at en lovgivning som støtter opp om barns selvbestemmelse både kan bidra til å gi barna bedre beskyttelse av deres integritet, men og bidra til å stadfeste viktige verdier som kan interneres i samfunnet og således bidra til å redusere sosiale stigma i forbindelse med å ikke ha utført omskjæring i tråd med religionen man tilhører. Jeg er således ikke enig med Schiratzki i at forbud er den eneste måten man kan opprettholde de nordiske perspektivene¹⁵⁵ på omskjæring på, i forhold til vurderingen av hvordan omskjæring skal lovreguleres.¹⁵⁶

5.3.3 Straffansvar

Forarbeidene til omskjæringsloven berører forholdet til straffeloven kort. Det uttrykkes at selve omskjæringen kan rammes av straffeloven § 229 om legemsbeskadigelse, men at foreld-

¹⁵² Köhler-Olsen (2012) s. 538.

¹⁵³ *ibid.* s. 541

¹⁵⁴ Van Bueren (1995) s. 156-159

¹⁵⁵ Nordiske stater er sekulære da religion anses som begrenset til noe personlig og unntas fra den offentlige arena. I den grad religion er en del av debatten så er majoriteten protestantisk kristne. Jf. Schiratzki (2011) s. 47

¹⁵⁶ Schiratzki (2011) s. 53

renes samtykke som regel vil være straffriende, jf. strl. § 235.¹⁵⁷ Det ble uansett vedtatt egne bestemmelser om straffansvar i omskjæringsloven for overtredelse av lovens bestemmelser. Det styrker rettssikkerheten at det direkte er uttrykt i loven at inngrepet kan straffes om det ikke utføres på riktig måte.

Når det gjelder strafferammene, er straffen for leger i tråd med profesjonsansvaret i helsepersonelloven § 67. Strafferammen for andre er imidlertid på inntil to år. Denne ble vedtatt i tråd med formålet om å sikre forsvarlig utførelse av omskjæring, og av preventive grunner ble det ansett å være nødvendig å operere med en høyere strafferamme enn for leger.¹⁵⁸ I forhold til straffeloven § 229 om legemsbeskadigelse, er likevel strafferammen for andre enn leger, jf. omskjl. § 9(2), lavere. Etter § 229 er strafferammen fengsel i inntil 4 år, men med forhøyet strafferamme på inntil 10 år ved blant annet uhelbredelig skade på legemet.

5.3.3.1 Straffverdighet

Tidligere var det tvil om hvorvidt omskjæring som inngrep i det hele tatt kunne straffes på grunn av den ulovfestede rettsstridsreservasjon. Dette følger av juridisk teori og tingsrettsdommen RG 2009 s. 1325. Dommen er den eneste, meg bekjent, norske dom som omhandler omskjæring.

Sakens faktum var at en lege, uten norsk autorisasjon eller lisens, hadde utført omskjæring på to gutter på 9 og 11 år etter samtykke fra foreldrene. Inngrepet hadde foregått i guttenes hjem. I ettertid pådro guttene seg stafylokokkinfeksjoner hvorpå foreldrene kontaktet en lege på hjemstedet. Legen som utførte omskjæringen ble tiltalt etter strl. § 229 jf. § 232, for legemsbeskadigelse ved bruk av særlig farlig redskap.

Tiltalte ble frifunnet etter strl. § 235 på grunnlag av foreldrenes samtykke. Domstolen anførte imidlertid en alternativ frifinnelsesgrunn. Det var ikke nødvendig på grunn av at legen allerede hadde blitt frifunnet under henvisning til § 235, men retten fant grunn til å «påpeke» det likevel, etter å ha reist spørsmålet innledningsvis.¹⁵⁹ Spørsmålet var om tiltalte også kunne frikjennes på grunn av den ulovfestede rettsstridsreservasjon. Domstolen viste til at det i teorien er «antatt at straffeloven § 229 må tolkes innskrenkende hva gjelder omskjæring av gutter.»¹⁶⁰ Deretter viste de til juridisk teori av Kjell V. Andorsen som uttaler:

¹⁵⁷ Prop. 70 L (2013-2014) s. 20

¹⁵⁸ *ibid.* s. 58

¹⁵⁹ RG 2009 s. 1325 i nest siste del av rettens vurdering (dommen inneholder ikke sidetall).

¹⁶⁰ *l.c.*

*«Inngrepet, som medisinsk visstnok må sies å være lite, men smertefullt, er etter norsk rett en legemsbeskadigelse i objektiv forstand, mens det vel er heller tvilsomt hvorvidt forholdet likevel faller inn under [strl. § 229](#) første ledd. Man kan således se det slik at [strl. § 229](#) må tolkes innskrenkende på det grunnlag at inngrepet er religiøst betinget og i tillegg har et så vidt beskjedent omfang, noe jeg mener er en riktig og forsvarlig løsning....»*¹⁶¹

Både juridisk teori og underrettspraksis har begrenset rettskildeverdi. Likevel kan det ovennevnte illustrere at det var tvil om inngrepets straffverdighet før vedtagelse av omskjæringsloven. Basert på dette kan vi si at rettsikkerheten for guttenes del er styrket med den nye omskjæringsloven. Lovgiver har slått fast at omskjæring som inngrep er straffverdig, når det ikke utføres på forsvarlig måte.

5.3.4 Avsluttende vurdering av hvorvidt rettssikkerheten er ivaretatt

Barnets rett til å bestemme over egen kropp vernes av at medbestemmelsesrett og selvbestemmelsesrett er lovfestet i omskjæringsloven. Forholdet til barnekonvensjonen og barnelova fremstår som uproblematisk, all den tid guttens alder og modenhet er en del av vurderingen i omskl. § 8. Vi ser likevel at forskjellige aldersgrenser kan bidra til inkonsekvens i rettssystemet, noe som kan påvirke rettssikkerheten ved at ulike rettsanvendere ikke fullt ut forstår hvilke regler som skal anvendes når. Særlig for helsepersonell er det vanskelig å vite hva som er de gjeldende regler og ikke minst hva som skal gi forrang ved motstrid.¹⁶²

Når det gjelder selvbestemmelsesretten, er en aldersgrense på 18 år er høy i forhold til den helserettslige og religiøse myndighetsalder. Den høye aldersgrensen skal verne gutten mot å ta beslutninger på egenhånd som han kan komme til å angre på, men øker samtidig foreldrenes avgjørelsesmyndighet på bekostning av barnets egen selvbestemmelsesrett. At inngrepet ses på som for risikofylt til at en 16 åring skal kunne beslutte det, er underlig når man samtidig begrunner foreldrenes avgjørelseskompetanse med at hensynet til religion veier tyngre enn inngrepets skadelige karakter.

Omskjæringslovens bestemmelser om straff slår fast at omskjæring som inngrep er straffverdig. Videre har det antagelig en preventiv virkning at straffebestemmelsene er inntatt i selve loven, enn om inngrepet skulle vært straffbart ved henvisning til straffelovens bestemmelser.

¹⁶¹ Andorsen (1992) s. 379, sitert fra RG 2009 s. 1325

¹⁶² Syse (2014) s. 177

6 Avslutning

Et gjennomgående tema i oppgaven har vært hensynet til konsekvens i rettssystemet. Dette i forhold til individets integritetsvern i helselovene, og i forhold til ulike aldersgrenser for barns med- og selvbestemmelsesrett. En ordning med for mange ulike aldersgrenser kan føre til at barn ikke oppnår de rettighetene til med- og selvbestemmelse som de har rett på.¹⁶³ Sammenheng med andre lover i rettssystemet, er et tegn på god lov kvalitet, noe som også styrker rettssikkerheten. Selv om det er behov for særlige reguleringer, som ved rituell omskjæring, bør likevel regelverket så langt det er mulig samsvare med andre og mer generelle regler.¹⁶⁴ Loven samsvarer godt med regler på barnerettens område, men har et stort forbedringspotensial i forhold til helselovgivningen.

Henriette Sinding Aasen skriver at hvordan vi ser på et inngrep, som et gode eller et onde, vil ha noe å si for om vi ser på det samme inngrepet som straffverdig når det kan rammes av straffeloven § 229 om legemsbeskadigelse.¹⁶⁵ Dette kan også i stor grad forklare hvorfor det er så vanskelig å lovregulere omskjæring på en god måte. Dersom man ser på omskjæring som et gode, noe som gir positive helsemessige virkninger enten det er renhet eller nedsatt risiko for urinveisinfeksjon, vil man i større grad også argumentere for at de religiøse tradisjonene må kunne opprettholdes. Dette synet er utbredt i land hvor inngrepet har vært tradisjon i flere tusen år.¹⁶⁶ Ser man derimot på omskjæring av gutter som et onde, fordi risikoen for skadevirkninger er stor, vil man argumentere for at inngrepet må begrenses av hensyn risikoen for skadevirkninger. Problemet er at det er sprikende oppfatninger i den vitenskapelige forskningen om hvorvidt inngrepet kan ses på som ikke-skadelig, basert på den forskning som er gjort på skadefrekvenser.¹⁶⁷ Mye av forskningen omfatter studier fra hele verden, og er ikke nødvendigvis relevant for norske forhold. Behovet for mer forskning vedrørende omskjæring som inngrep ble påpekt av Stålsett-utvalget i NOU 2013:1.¹⁶⁸

Juridiske vurderinger av hvordan man må lovregulere et inngrep på kroppen, avhenger i stor grad av medisinsk kunnskap. Dette vil påvirke barnets beste-vurderingen som har fått en styrket stilling i norsk rett, jf. Grl. § 104 (2). Vurderingen av hvorvidt beslutning om omskjæring er til barnets beste, kunne med fordel vært uttrykt direkte i loven. Særlig når barnets beste, ved avveiningen mot andre interesser, skal «ha stor vekt, løftes frem og stå i forgrunnen».¹⁶⁹

¹⁶³ Søvig (2009) s. 87

¹⁶⁴ Justisdepartementet (2000) s. 147

¹⁶⁵ Aasen (2000) s. 300

¹⁶⁶ Abu-Sahlieh (2008) blant annet på s. 24

¹⁶⁷ Frisch (2015)

¹⁶⁸ NOU 2013:1 s. 252

¹⁶⁹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65

Litteraturliste

Norske lover og forskrifter

1814	Lov 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov(Grunnloven)
1902	Lov 22. mai 1902 nr. 10, Almindelig borgerlig Straffelov(Straffeloven)
1918	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer(avtaleloven)
1927	Lov 22. april 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige(vergemålsloven)(opphevet)
1969	Lov 13. juni 1969 nr. 25 om trdomssamfunn og ymsit anna[trossamfunnsloven]
1981	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre(barnelova)
1995	Lov 15. desember 1995 nr. 74 om forbud mot kjønnslemlestelse(kjønnslemlestelsesloven)
1999	Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.(helsepersonelloven)
1999	Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter(pasient- og brukerrettighetsloven)
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett(menneskerettsloven)
1999	Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m(spesialisthelsetjenesteloven)
2003	Lov 27. juni 2003 nr. 64 om alternativ behandling av sykdom m.v.(alternativ behandlingsloven)
2010	Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål(vergemålsloven)
2014	Lov 20. juni 2014 nr. 40 om rituell omskjæring av gutter[omskjæringsloven]

Utenlandske lover

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. Juli 2014 (BGBI. I S. 1218) geändert worden ist. [Tyskland]
Lag om omskærelse av pojker	Lag om omskærelse av pojker (2001:449) [Svergie]

Internasjonale konvensjoner

Barnekonvensjonen	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma 4. november 1950.
ICJ	Statuttene for den internasjonale domstol, 26. juni 1945
SP	Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966.
Wienkonvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969.

Rettspraksis

Rt. 2015 s. 110

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2014 s.1034

Rt. 2014 s. 976

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2009 s. 1261

RG 2009 s. 1325 (Nordmøre)

Forarbeider, Stortingsdokumenter og høringsnotat

Prop. 1 S (2014-2015)	<i>For budsjettåret 2015 - Utgiftskapitler: 700–783 og 2711–2790 Inntektskapitler: 3710–3750, 5572 og 5631</i>
Lovvedtak 72 (2013-2014)	<i>Lov om rituell omskjæring av gutter</i>
Innst.290 L (2013-2014)	<i>Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om lov om rituell omskjæring av gutter</i>
Prop. 70 L (2013-2014)	<i>Lov om rituell omskjæring av gutter</i>
NOU 2013:1	<i>Det livssynsåpne samfunn En helhetlig tros- og livssyns-politikk</i>
Helse- og omsorgsdepartementet (2011)	<i>Høringsnotat. Rituell omskjæring av gutter</i>
Ot.prp. nr. 27 (2002-2003)	<i>Om lov om alternativ behandling av sykdom mv.</i>
Dok 8:6 (1998-1999)	<i>Forslag fra stortingsrepresentantene John I. Alvheim og Harald Tom Nesvik om å be Regjeringen legge frem lovforslag som forbyr omskjæring av guttebarn, som ikke har medisinske årsaker.</i>
St. Forh. Nr. 130 (1998-1999)	<i>Forhandlinger i Stortinget nr. 130, 16. Feb 1999.</i>
Ot.prp. nr. 12 (1998-1999)	<i>Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven)</i>
Ot.prop. nr. 13 (1998-1999)	<i>Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven)</i>
Ot.prop. nr. 56 (1996-1997)	<i>Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre (barnelova)</i>
Ot.prp.nr.62 (1979-1980)	<i>Om lov om barn og foreldre (barneloven)</i>
NOU 1977:35	<i>Lov om barn og foreldre (barneloven)</i>

Litteratur

- Aasen (2000) Henriette Sinding Aasen, *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, 2000.
- Abu-Sahlieh (2008) Sami A Aldeeb Abu-Sahlieh, "Male circumcision/Female circumcision: Is there any difference?", *Matatu*, Iss. 37 (2008), s 3-49. (Sitert fra Literature Online)
- Andenæs (2008) Johs. Andenæs, samlet utgave ved Kjell V. Andorsen, *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, 2008.
- Andorsen (1992) Kjell V. Andorsen, "Strafferettslig samtykke", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1992 s. 305-475.(Sitert fra Lovdata.no)
- Brady-Fryer et.al. (2004) Brady-Fryer B, Wiebe N, Lander JA, "Pain relief for neonatal circumcision", *Cochrane Database of Systematic Reviews*, 2004, Issue 3, 2004.(sitert fra Wiley Online Library)
- Dunsumir (1999) W.D Dunsumir og E.M Gordon, «The history of circumcision», *BJU International*, vol. 83 (1999) suppl. 1, s. 1-12.(Sitert fra Wiley Online Library)
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5.utgave ved Jan E. Helgesen, 2001.
- Eckhoff (2010) Torstein Eckhoff, *Forvaltningsrett*, 9. utgave ved Eivind Smith, 2010.
- Eskeland (2013) Ståle Eskeland, *Strafferett*, 3. utgave, 2013.
- Gisle (2010) Jon Gisle, *Jusleksikon*, 4.utgave, 2010.
- Halvorsen (2012) Marit Halvorsen og Henriette Sinding Aasen, «Barns rett til helsetjenester». I: *Barnekonvensjonen*, Kirsten Sandberg(red.), 2.utgave, 2012, s. 186-203.
- Høstmælingen (2003) Njål Høstmælingen, *Internasjonale menneskerettigheter*, 5.utg, 2003.
- Høstmælingen (2012) Njål Høstmælingen, «Sivile rettigheter og friheter». I *Barnekonvensjonen*, Kirsten Sandberg(red.), s. 119-139, 2.utgave, 2012.

- Justisdepartementet (2000) Justis- og politidepartementet, Lovavdelingen, *Lovteknikk og lovforberedelse: Veiledning om lov- og forskriftsarbeid*, 2000.
- Köhler-Olsen (2012) Julia Köhler-Olsen, *Barnets rett til selvbestemmelse i forhold til religiøse normer*, 2012.
- Köhler-Olsen (2013) Julia Köhler-Olsen, «Religiøst eller kulturelt motiverte kroppslige inngrep på barn – rettspolitiske betraktninger», *Retfærd* (Oslo: 1976-), København: Jurist- og økonomforbundets forl. Årg. 36, nr 1/140.
- Michalsen (2011) Dag Michalsen, *Rett - En internasjonal historie*, 2011.
- Ohnstad (2002) Bente Ohnstad, *Rettigheter og plikter etter ny helselovgivning*, 2002.
- Rizvi (1999) Rizvi, S.A.H., A Naqvi, S.A., Hussain, M. og Hasan, A.S., "Religious circumcision: a Muslim view", *BJU International*, vol. 83 (1999), suppl 1, s. 13–16.(Sitert fra Wiley Online Library)
- Sandberg (2012) Kirsten Sandberg, «Barns rett til å bli hørt», I: *Barnekonvensjonen*, Kirsten Sandberg(red.), s. 90-118, 2.utgave, 2012.
- Shiratzki (2011) Johanna Shiratzki, «Banning God's Law in the name of the Holy Body – The Nordic Position on Ritual Male Circumcision», *The Family in Law*, Vol. 5, 35-53, 2011. (Sitert fra DiVA: <http://esh.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A549517&dswid=-2872>.)
- Smith (2006) Lucy Smith og Peter Lødrup, *Barn og foreldre*, 7. utgave 2006.
- Stang (2012) Elisabeth Gordon Stang, «Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet». I: *Barnekonvensjonen*, Kirsten Sandberg(red.), s. 157-184, 2.utgave, 2012.
- Syse (2004) Aslak Syse, *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer*, 3. utgave, 2004.

- Syse (2014) Syse, Aslak, Barns rett til medvirkning på helserettens område”, *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, FAB 2014-3, s. 173-177. (Sisert fra rettsdata.no)
- Søvig (2009) Knut Harald Søvig, *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*, Det Juridiske Fakultets Skriftserie nr. 115, Universitetet i Bergen, 2009.
- Van Bueren (1995) Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, 1995.
- Warberg (2011) Lasse A. Warberg, *Norsk helserett*, 2. utgave, 2011.
- Woxholt (2009) Geir Woxholt, *Avtalerett*, 7. Utgave, 2009.

Nettsider

- Det Mosaiske Trossamfunn http://www.dmt.oslo.no/no/jodedom/livslopet/fodsel_og_omskjaring/ [sitert 04.03.15]
- FNs Barnekomité http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CRC&Lang=en [sitert 18.04.15]
- Frisch (2015) Morten Frisch, «Time for U.S. Parents to Reconsider the Acceptability of Infant Male Circumcision», i The Huffington Post, 9. april 2015, http://www.huffingtonpost.com/morten-frisch/time-for-us-parents-to-reconsider-the-acceptability-of-infant-male-circumcision_b_7031972.html [Sisert 23.04.15]
- Lovdata.no <https://lovdata.no/NL/lov/2014-06-20-40>
- Ordnett.no <http://www.ordnett.no/search?search=integritet&lang=no>
– krever tilgang via UiO

- Stortinget (2014) [1] <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Saker/Sak/Votingsoversikt/?p=59665&dnid=1>
[sitert 22.04.15]
- Stortinget (2014) [2] <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2013-2014/140620/8/>
[sitert 22.04.15]
- Weismiller David G. Weismiller, «Techniques for neonatal circumcision», i UpToDate, <http://www.uptodate.com/contents/techniques-for-neonatal-circumcision?source=machineLearning&search=circumcision+anesthesia&selectedTitle=1%7E79§ionRank=3&anchor=H9#H8> [sitert 12.02.15]
- WHO (2014) <http://www.who.int/hiv/topics/malecircumcision/male-circumcision-info-2014/en/> [sitert 24.04.15]

Generelle kommentarer og rapporter fra internasjonale organer

FNs Barnekomité, Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: *Norway*, (2010), UN doc. CRC/C/NOR/CO/4.

FNs Barnekomité, General Comment No. 5 (2003), *General measures of implementation*, UN doc. CRC/GC/2003/5.

FNs Barnekomité, General Comment No. 7 (2005), *Implementing child rights in early childhood*, UN doc. CRC/C/GC/7/Rev.1.

FNs Barnekomité, General Comment No. 12 (2009), *The right of the child to be heard*, UN doc. CRC/C/GC/12.

FNs Barnekomité, General Comment No. 13 (2011), *The right of the child to freedom from all forms of violence*, UN doc. CRC/C/GC/13.

FNs Menneskerettighetskomité, General Comment No. 17 (1989), *Article 24 (Rights of the Child)*.

UNAIDS (2010), *Neonatal and child male circumcision, a global review*, April 2010, http://www.who.int/hiv/pub/malecircumcision/neonatal_mc/en/

Forskning som nevnt i rapporten fra UNAIDS/WHO:

- | | |
|----------------------|---|
| Al-demir et. al. | Aldemir M, Cakan M, Burgu B. "Circumcision with a new disposable clamp: Is it really easier and more reliable?" <i>International Urology and Nephrology</i> , June 2008, Volume 40, Issue 2, pp 377-381[Tilgjengelig fra: Springer Complete Collection] |
| Gee & Ansell | Gee WF, Ansell JS. "Neonatal circumcision: a ten-year overview: with comparison of the Gomco clamp and the Plastibell device." <i>Pediatrics</i> , 1976;58(6):824-7. [Tilgjengelig fra: Highwire Press American Academy of Pediatrics] |
| Horowitz & Gershbein | Horowitz M. og Gershbein AB, "Gomco Circumcision: When is it safe?", i <i>Journal Of Pediatric Surgery</i> , 2001 Jul, Vol.36(7), pp.1047-1049. [Tilgjengelig fra: Elsevier ScienceDirect Complete] |
| Palit et. al. | Palit V, Menebhi DK, Taylor I, Young M, Elmasry Y, Shah T. "A unique service in UK delivering Plastibell (R) circumcision: review of 9-year results." <i>Pediatric Surgery International</i> , 2007;23(1):45-48[Tilgjengelig fra: Springer Complete Collection] |
| Perlmutter et. al. | Perlmutter DF, Lawrence JM, Krauss AN, Auld PA. "Voiding after neonatal circumcision." <i>Pediatrics</i> , 1995;96(6):1111-2. [Tilgjengelig fra: Highwire Press American Academy of Pediatrics] |

Sorensen & Sorensen

Sörensen SM, Sörensen MR. "Circumcision with the Plastibell device. A long-term follow-up." *International Urology and Nephrology*, 1988;20(2):159-6 [Tilgjengelig fra: Springer Complete Collection]

Wiswell § Geschke

Wiswell TE, Geschke DW. "Risks from circumcision during the first month of life compared with those for uncircumcised boys." *Pediatrics* 1989;83(6):1011-5.[Tilgjengelig fra: Highwire Press American Academy of Pediatrics]